Die staatliche Nachlassfürsorge

im Sinne der §§ 1960 ff. B. G. B.

nach modernem Reichs- und Landesrechte.

INAUGURAL-DISSERTATION

verfasst und der

hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

K. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Emil Moser

Rechtspraktikant in Würzburg.

ACAD. IUR. BAT. BIBL.

Würzburg.

C. J. Beckers Universitäts-Buchdruckerei.

1906.

Referent: **Prof. Dr. Ernst Mayer.**

Meinen lieben Eltern

dankbar gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507204_0162

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Grundsätzlicher Standpunkt des bürgerlichen Gesetzbuches gegenüber dem bisherigen Rechte und der modernen Landesgesetzgebung 1

§ 2. Voraussetzungen und Zweck der Nachlassfürsorge . . . 22

§ 3. Das Offizialprinzip in der Nachlassfürsorge 46

§ 4. Die Sicherungspflegschaft auf Antrag (§ 1961 B. G. B.) . . 54

§ 5. Die Massnahmen der Nachlassfürsorge 68

A. Die Siegelung 69

B Die Hinterlegung 69

C. Die Aufnahme eines Nachlassverzeichnisses . . . 70

D. Die Bestellung eines Nachlasspflegers 71

§ 6. Der Umfang der Nachlassfürsorge 100

§ 7. Zuständigkeits- und Verfahrens-Grundsätze 105

§ 8 Die materiellrechtliche Bedeutung der Fürsorgemassnahmen für die Nachlassbeteiligten 118

A. Die rechtliche Bedeutung der Siegelung 118

B. Die rechtliche Bedeutung der Hinterlegung . . . 123

C. Die rechtliche Bedeutung der Nachlassverzeichnung . 127

D. Die rechtlichen Wirkungen der Nachlasspflegschaft . 130

§ 9. Die Beendigung der Nachlassfürsorge 149

§ 10. Die fiskalische Seite der Nachlassfürsorge 152

Literaturverzeichnis.[1])

Archiv für zivilist. Praxis.

Becher, Ausführungsgesetze sämtl. Bundesstaaten zum B. G. B. und seinen Nebengesetzen (1901).

Binder, Die Rechtsstellung des Erben I. II. III. (1901—1905).

Birkenbihl, Komm. z. Ges. freiw. Ger. (1900).

Blätter für Rechtsanwendung.

Boehm, Das Erbrecht des B. G. B. (1900).

Boschan, Die Nachlasssachen in der gerichtl. Praxis I. II. (1902, 1905).

Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts (1903/1904).

Dernburg, Pandekten (1903).

— — Deutsches Erbrecht (1905).

Dorner, Komm. z. Ges. freiw. Ger. (1899).

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts (1904/1905).

Eck, Die Stellung des Erben in dem Entwurfe eines B. G. B. (1890).

Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts III (1900).

Entscheidungen in Angelegenheiten der freiw. Gerichtsb. und des Grundbuchrechts, zusammengest. im Reichsjustizamt.

Esslinger, Der Erbschein nach dem B. G. B. (1902).

Finanz-Archiv von *Gg. Schanz*.

[1]) Die für Einzelfragen benützten Spezialwerke, Zeitschriften und Entscheidungen sind jeweils in Fussnoten zitiert.

Fischer-Henle, Handausgabe des B. G. B. (7. Aufl. 1906).
Frommhold, Kommentar zum Erbrecht des B. G. B. (1900).
Goldmann-Lilienthal, Das B. G. B. syst. dargestellt (1905).
Haberstumpf, Kommentar z. bayer. Nachlassgesetze (1903).
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiw. Gerichtsb. (*Johow* und *Ring*).
Keidel, Hdbuch des Verf. in Angel. der freiw. Ger. für Bayern (1903).
Kohler, Die für Württemberg ergangenen, das Vormundschafts-, Nachlass- und Notariatswesen betr. Ausführungsbest. zum B. G. B. und dessen Nebengesetzen (1900).
Landsberg, Das Recht des B. G. B. (1904).
Materialien:
Mugdan V, Mat. zum Erbrecht des B. G. B.
Mat. zum Einführungsgesetz des B. G. B.
Prot. der Komm. für die 2. Lesung des Entw. z. B. G. B. bearb. v. *Achilles, Gebhard, Spahn* (1897—99).
Hahn-Mugdan VII, Mat. zum Ges. freiw. Ger.
Matthias, Lehrbuch des bürgerl. Rechts II (1900).
Merkel, Notariat und willkürl. Gerichtsbarkeit (1846).
Mügel, Preuss. Gerichtskostengesetz (1904).
Müller-Meikel, Das bürgerl. Recht (1904).
Neumann, Handausgabe des B. G. B. (1905).
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte („Rspr.").
*Neumann*s Jahrbuch des deutschen Rechts.
Oertmann, bayer. Landesprivatrecht II (1903).
Plank-Ritgen, Kommentar zum B. G. B. V.
Randa, Der Erbschaftserwerb nach österr. Rechte (1877).
Recht, Rundschau f. d. dtsch. Juristenstand von *Soergel.*
Roth-Becher, Bayerisches Zivilrecht III (1898).
Sammlung von Entscheidungen des bayer. ob. L. G.
Schneider, Komm. z. Ges. freiw. Ger. (1901).
Schultze-Görlitz, Komm. z. Ges. freiw. Ger. (1900).
*Seuffert*s Archiv für Entsch. der ob. Gerichte.

Spezialgesetze Bad. zur Ausf. des B. G. B.
Staudinger-Herzfelder, Komm. z. B. G. B. V (1905/06).
Stobbe, Deutsches Privatrecht V. (1885).
Strohal, Das deutsche Erbrecht I. II. (1903).
Unger, Österr. Erbrecht (1864).
Unger, Die Verlassenschaftsabhandlung in Össterreich (1862).
Wagner, Handbuch des Verfahrens in der freiw. Rechtspflege (1895).
Weissler, Das deutsche Nachlassverfahren (1900).
Windscheid-Kipp, Pandekten III (1906).
Zentralblatt für freiw. Gerichtsbarkeit und Notariat von *Lobe*.

§ 1.

Grundsätzlicher Standpunkt des bürgerlichen Gesetzbuches gegenüber dem bisherigen Rechte und der modernen Landesgesetzgebung.

Das moderne Reichserbrecht ist beherrscht von dem Grundsatze:

Mit dem Erbfalle geht Recht und Besitz an der Erbschaft ipso jure auf den Erben über §§ 1922, 1942, 857 B. G. B.

Mit diesem Standpunkte befindet sich das B. G. B. in wesentlichem Gegensatze zu dem römischen, in wesentlicher Übereinstimmung mit dem germanischen Erbrechtsprinzipe. Nach römischem Rechte bedurfte es von Seiten des Erben, soferne dieser nicht zu den sui beredes gehörte, zum Erwerbe der ihm durch den Anfall (delatio) lediglich angebotenen Erbschaft einer auf Annahme gerichteten Willenserklärung (der acquisitio), zur Erlangung der possessio an den dem Rechte nach durch aditio oder pro herede gestio erworbenen Erbschaftssachen tatsächlicher Besitzergreifungshandlungen. Dagegen untersteht das deutsche Recht dem in dem altfranzösischem Rechtssprichworte: le mort saisit le vif (in späterer deutscher Übersetzung: der Tote erbt den Lebendigen) zum Ausdrucke gebrachten Grundsatze, dass Recht und Gewere an der Erbschaft mit dem Erbfalle von Rechtswegen auf den Erben übergehen. Das B. G. B. stimmt mit dem römischen und altdeutschen Rechte insoferne vollkommen überein, als grundsätzlich eine obrigkeitliche Mitwirkung bei Übergang des Rechtes und Be-

sitzes an der Erbschaft nicht stattzufinden hat und grundsätzlich auch im übrigen eine Anteilnahme staatlicher Organe an der Ordnung der Erbrechtsverhältnisse nicht eintritt.

Der letztgenannte Standpunkt ist jedoch nirgends ohne Ausnahmen geblieben: von jeher hat sich der Staat für berufen und befugt erachtet, zur Begleichung der durch den Erbfall gegebenen Anlässe zu Eigenmächtigkeit, Rechtsverdunkelung und Streit, zur Klärung der in Ansehung des Erbvermögens bestehenden Verwirrungselemente, zur Beseitigung der für die Beteiligten gegebenen Gefahren ungerechtfertigter und unverschuldeter Vermögensverluste nicht nur durch Ausgestaltung der materiellen Erbrechtsordnung, sondern auch durch Bereitstellung einer präventiven Behördenfürsorge beizutragen. Im Folgenden sollen, unter wesentlicher Beschränkung auf den speziellen Gegenstand der Darstellung, die geschichtlichen Ansätze in Kürze gestreift und in grossen Zügen die Rechtsentwickelung bis zur Einführung des B. G. B. verfolgt werden.

Die für jeden heres extraneus gegebene Notwendigkeit einer Erbschaftserwerbshandlung und die hiedurch geschaffene Lücke zwischen dem Erbfalle und dem Eintritte des Erben bedingte im römischen Rechte das Übergangsstadium der Herren- und Besitzlosigkeit des Erbvermögens[1]). Dieser Schwebezustand führte zu unerträglichen Konsequenzen: solange er währte, war der Nachlass dem eigenmächtigen Zugriffe beutelustiger Occupanten preisgegeben. Ein solcher Zugriff erschien nicht nur nicht als furtum (‚quia hereditas possessionem non habet, quae facti est et animi L 1 § 15 D. 47, 4; sicuti nec eius rei, quae sine domino est L. 6. D. 47, 19), vielmehr war jedem dritten, welcher besitzlose Erbschaftssachen occupiert hatte, die usucapio pro herede ermöglicht (Gajus II. § 52—58, III. § 201). Eine höhere, auf Wahrung des Rechtfriedens bedachte

[1]) Res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt. L. 1. pr. D. 1. 8. — Bona hereditaria vacua sine domino L. 1. pr. D. 38. 9. Vgl. Windscheid § 531. — Die Kontinuität der Beerbung wurde durch die juristische Vorstellung der Rückziehung des Erwerbs auf den Erbfall gesichert L. 54. D. 29. 2. L. 138. pr. D. 50. 17. — Endemann III. § 8. S. 34.

Rechtsordnung konnte sich mit diesem Zustande nicht begnügen: seit Marc Aurel stiess die Ausplünderung des Nachlasses als crimen expilatae hereditatis auf scharfe Strafandrohung (L. 1, 2 § 1, 3 D. 47, 19); die alte usucapio pro herede wurde als improba usucapio durch einen unter Hadrian zustande gekommenen Senatsbeschluss (sc. Juventianum) zum Teil für wirkungslos erklärt (Gajus II. § 57) und ist in ihrer alten Gestalt und Bedeutung im justinianeischen Rechte gänzlich verschwunden. Daneben setzte die Rechtswissenschaft ein, um zur Rechtfertigung und Festigung des Satzes, dass die Erbschaft für die Dauer jenes Schwebezustandes rechtlich keineswegs herrenlos sei, auf künstlichem Wege durch Personifikation eines Unpersönlichen dem Nachlasse ein Subjekt zu gewinnen. Auf die einzelnen juristischen Konstruktionen der hereditas jacens, deren innere Natur und Begründung hier einzugehen, besteht kein Anlass[1]). — Aber auch die Schaffung einer Rechtspersönlichkeit in der hereditas jacens reichte nicht aus, um bis zum Eintritte des Erben den Nachlass vor den Gefahren der Verdunkelung und Verschleppung zu schützen: das Interesse der künftigen Erben und der Nachlassgläubiger verlangte nach einem auf die Erhaltung des Nachlassbestandes gerichteten vorbeugenden Behördenschutze. Soweit den Bedürfnisgrund die persönliche Unfähigkeit des Berufenen (Minderjährigkeit, körperlicher oder geistiger Defekt, Abwesenheit) bildete, boten die allgemeinen Grundsätze über die Bestellung eines curator genügende Abhilfe; ergänzend kamen speziell zum Schutze eines noch ungeborenen präsumtiven Erben die cura ventris nomine und mittelbar gleichfalls zu dessen Schutze die cura ventris[2]) sowie für den als Erbschaftsprätendenten auftretenden unmündigen Deszendenten, dem die eheliche Abstammung bestritten wurde, die cura bonorum ex Carboniano edicto[3]) in Betracht. Darüber

---

[1]) Man vergl. folgende Quellenstellen: 1.) hereditas sustinet personam heredis L. 24. D. 46. 2. 2.) hereditas sustinet personam defuncti L. 34. D. 41. 1. 3.) dominus ergo hereditas habebitur L. 13. § 2. D. 92. Hereditas dominae locum optinet L. 12. § 5. D. 43. 24. — Endemann III. § 8. Unger V. A. S. 14 ff.

[2]) D. 25 5; 25. 6; 27. 9.

[3]) D. 37. 10. C. 6. 17.

hinaus aber wurde der hereditas jacens vom Prätor ex officio oder auf Gläubigerantrag unter bestimmten Voraussetzungen[1]) ein curator bonorum bestellt mit der privatamtlichen Aufgabe, die Erbschaft zu verwahren und vor Schaden zu behüten[2]). — Im Übrigen aber blieb im römischen Rechte die amtliche Tätigkeit in Nachlasssachen auf die possessorischen Rechtsmittel und die zur Sicherung der Erbschaftssteuerzahlung eingeführte Testamentseröffnung beschränkt[3]).

Der das deutsche Recht beherrschende Grundsatz des unmittelbaren Anschlusses der Erbfolge an den Erbfall erübrigte es, aus rechtlichen Gründen dem Erbvermögen obrigkeitliche Fürsorge für die Zeit unmittelbar nach dem Erbfalle bereit zu stellen. Der Nachlass war in keinem Augenblicke rechtlich herrenlos. Gegen die für das deutsche Recht behauptete Auffassung, dass sich auf den Erben mit dem Erbfalle zugleich auch der Besitz vererbte, wurde von einer Reihe von Schriftstellern Widerspruch erhoben; auf diese rechtsgeschichtliche Streitfrage, deren Entscheidung von der Untersuchung des Begriffes der Gewere abhängig ist, einzugehen, ist hier nicht veranlasst.[4]) Jedenfalls wurde es in einigen Rechtsgebieten gebräuchlich, dass der Erbe den Grundstücksbesitz in feierlicher Weise ergriff oder vom Richter nach Bezeugung des Erbrechts sich überweisen liess.[5]) Die Fürsorgetätigkeit zum Zwecke der

---

[1]) Dum deliberant heredes instituti adire L. 3. D. 27. 10; nisi intra certum tempus hereditas optigerit aditaque fuerit L. 23. D. 28. 5. Si diu incertum sit, heres extaturus nec ne sit, . . . si ita res urgueat vel conditio bonorum L. 8. D. 42. 4. Siquis sub conditione heres institutus est L. 1. D. 42. 7. — L. 33. § 2. 3. D. 28. 5.

[2]) Personali fungitur munere L. 1. § 4. D. 50. 4. — Sola custodia et rerum, quae deteriores futurae sunt, venditio committitur L. 48. D. 26. 7. L. 23. § 2. D. 28. 5. — Rei servandae causa L. 8. D. 42. 4; si quaedam actiones periturae sunt L. 14. pr. D. 42. 5; custodiendis bonis L. 1. § 4. D. 50. 4. Vgl. Windscheid § 447. N. v. 7. Roth § 422. II. 2.

[3]) Windscheid § 617 ff., Unger V. A. S. 14 ff., Stobbe S. 37. VIII.

[4]) Vgl. Stobbe § 281. N. 4. S. 22, 31, 32.

[5]) Ev. überweisen lassen musste (Erbeneinweisung). Vergl. Behrend, Anevang und Erbengewere Berlin 1885. Homeyer der Dreissigste (1864); Heusler Inst. d. deutsch. Priv. R. II. S. 562 ff., Stobbe S. 23, 26, 27.

Nachlasserhaltung verblieb völlig Sache des Erben; hiezu war dieser sofort nach dem Erbfalle auch dort befugt, wo das Gebot der Sterbehausstille jede Einflussnahme auf den Nachlass für eine gewisse Zeit, meist 30 Tage nach dem Erbfalle ausschloss.[1]) Doch finden sich auch in dem deutschen Rechte bereits deutliche Ansätze obrigkeitlicher Nachlassfürsorge. Als frühzeitiges Zeugnis mag die bekannte Stelle des Sachsenspiegels I 28 f. zitiert sein:

> „Swaz sô sus getânes dinges erbelôs erstirbt, herwête, erbe oder gerâde, daz sal man antwerten deme richtêre oder deme vrônen boten, ab her ez eischet, nâh deme drîzigsten; diz sal der richter halten jâr und tac unvertân, und warten, ab sich ieman dar zû zîhe mit rechte; sint kêret ez der richter in sûe nucz, ez en sie ab der erbe gevangen sie oder in des rîches dînst gevaren oder in gottes dînste uz dem lande: sô muz her sîn warten mit dem erbe, bis her wider kone, wen her en kan sich an sîme erbe die wîle nicht versûmen. diz ist geredet von varnder habe.

Hiernach tritt also zum Schutze der Rechte unbekannter Erben, sowie zur Wahrung des Rechtes der Obrigkeit auf erblose Güter bei Ungewissheit des Erben amtliche Nachlasssicherung durch Verwahrung[2]) ein.

Die Rechtsentwickelung der staatlichen Nachlassfürsorge gestaltete sich nach der Reception des römischen

---

[1]) Das Institut erscheint, abgesehen von Andeutungen der früheren Quellen in vollständiger Ausbildung erst im Sachsenspiegel I. 22. § 1. Hinterlässt der Erblasser eine Witwe, so darf der Erbe auch schon vor dem dreissigsten in das Gut hereinziehen, um darauf zu achten, dass von dem, was an ihn trifft, nichts verloren geht. Vgl. Homeyer a. a. O. S. 87 -270, Unger S. 18 ff., Stobbe S. 23, 24. N. 9, 10. Weissler S. 4. Sydow, das Erbrecht des Ssp. 54, 55; Siegel, das deutsche Erbrecht 51, 33; Göschen, die Goslarer Stat. S. 143 ff., Unger V. A. S. 18, 19.

[2]) Nach österreichischen Stadtrechten des 13. Jahrhunderts soll beim Tode eines Fremden dessen Wirt vor Bürgern und Gericht ein Nachlassverzeichnis errichten. Vgl. Wiener Stadtrecht v. 1221, 1244, Stadtrecht von Enns 1212, von Wiener-Neustadt (1221—1230). (Archiv für Kunde österr. Geschichtsquellen X. 105.) Stobbe S. 25, Weissler S. 4, 5 N. 8.

Rechtes in den einzelnen deutschen Rechtsgebieten unter den Einflüssen einerseits der Einfachheit der deutschen Gerichtsorganisation, andererseits der mehr und mehr sich ausbildenden gerichtlichen Fürsorgetätigkeit in Privatangelegenheiten[1]) in verschiedener Weise. Zwar finden wir überall die Tendenz nach einer Erweiterung der Voraussetzungen, unter denen staatlichen Organen fürsorgende Einmischung in den Nachlass und Mitwirkung bei Ordnung der Erbverhältnisse gestattet oder geboten wird. Doch tritt diese Tendenz in denjenigen Rechtsgebieten, in denen der deutschrechtliche Gedanke des unmittelbaren Anschlusses der Erbfolge an den Erbfall partikularrechtliche Geltung behielt, in viel schwächerem Masse hervor als dort, wo die Geltung des römischen Grundsatzes der Notwendigkeit einer Erbschaftserwerbshandlung und die hiedurch bedingte rechtliche Lücke zwischen Erbfall und Erbeneintritt ein behördliches Eingreifen besonders nahelegte.[2]) Die Fälle, in denen zum Zwecke der Nachlasssicherung amtliches Einschreiten stattzufinden hatte, wurden hier immer zahlreicher. Hauptsicherungsmittel wurde die Obsignation.[3]) Hatte sich aber die Behörde einmal des Nachlasses angenommen, so ergab sich für sie die Notwendigkeit einer Fortsetzung und Durchführung der ergriffenen Fürsorge von selbst: Der Freigabe des Nachlasses musste die amtliche Ermittelung und Feststellung des Erbrechts vorausgehen, da die Behörde durch Auslieferung der Erbschaft an einen falschen Erben dem wahren Erben gegenüber verantwortlich werden konnte.[4]) Daneben entwickelte sich schliesslich die in der gemeinrechtlichen Praxis aus der römischen missio Hadriana

---

[1]) Vgl. Österley: Versuche aus dem Gebiete der freiw. Gerichtsbarkeit (1803) S. 31, 34, 54. — Esslinger a. a. O. S. 2.

[2]) Für das gemeinrechtliche Verfahren vgl. W. H. Puchta, Hdb. des ger. Verf in nicht-streitigen bürgerlichen Rechtssachen (1821) II. S. 289 ff., Stobbe S. 28 N. 3

[3]) Für die Geschichte der Obsignation vgl. Leist, Die bonorum possessio II S. 465 ff., Wächter Württ. P. R. I S. 439 ff., 443 ff., 967 ff., 1054 f. Homeyer, Der Dreissigste S. 231 f., Stobbe S. 34 ff., Roth S. 282 N. 29.

[4]) Vgl. Chorinsky, Das Notariat und die Verlassenschaftsabhandlung in Österreich (1877), S. 27 ff., Amtliche Begründung zum bayer. Nachlassgesetze S. 7. Esslinger a. a. O. S. 2.

und dem Interdictum quorum bonorum verschmolzene, vielleicht unter dem Einflusse der deutschrechtlichen gerichtlichen Erbeneinweisung zur Ausbildung gelangte,[1]) besitzrechtliche Prozessfigur des „Einsatzes“ aus einem Rechte zu einer Pflicht der Partei:[2]) Um dem Erben die eigenmächtige Besitzergreifung zu verwehren, griff die Behörde in immer weiterem Umfange auf den Nachlass.

Neben der Ausbildung der Idee der freiwilligen Rechtspflege waren es mancherlei Ursachen, welche sich seit dem 16. Jahrhundert in verschiedenen deutschen Rechtsgebieten zur Bildung eines immer weiter ausgreifenden Systems amtlicher Nachlassbehandlung vereinigten mit der Wirkung, dass dieses vereinzelt sich schliesslich dahin steigerte, dass dem Erben die eigenmächtige Besitznahme verboten und die Erbschaft nach jedem Todesfalle ohne Rücksicht auf Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines Fürsorgebedürfnisses in amtliche Hände genommen wurde. Von wesentlichem Einflusse waren insbesondere „der bis in die neueste Zeit heraufreichende Gedanke, dass wie früher der Bischof, so nunmehr die weltliche Obrigkeit supremus executor testamenti sei, ferner die durch das Eindringen der römischen Lehre vom beneficium inventarii bedingte Notwendigkeit der Nachlassverzeichnung, das fiskalische Interesse der Gerichte an der einträglichen Verlassenschaftsbehandlung, das der Grundherrn an der ihnen gebührenden, ursprünglich in dem besten Nachlassstücke, dann in Prozenten des Nachlasses bestehenden Todfallsabgabe, das des Staates an der neu aufkommenden Erbschaftssteuer und endlich das ausgebildete Prinzip staatlicher Bevormundung der Untertanen, die vielregiererische Richtung der Zeit überhaupt.“[3]) Namentlich in den süddeutschen Staaten führte neben den fiskalischen Motiven der hier besonders ausgeprägte Hang zu

---

[1]) Vgl. Weissler S. 5, 6.

[2]) Riesebieter, Die provisorische Einweisung des testamentarischen Erben in den Besitz der Erbschaft nach gemeinem Recht. Iherings Jahrb. 34 (1895). Der Einsatz ist als prozessrechtliches Sicherungsmittel durch § 16 Ziffer 3 E. G. C. P. O. in der Form der einstweiligen Verfügung auch im modernen Rechte aufrechterhalten. Weissler a. a. O. S. 5, 6.

[3]) Dargestellt im Anschlusse an Weissler N. V. S. 6 ff. Esslinger S. 2.

bevormundender Vielregiererei im Laufe des 17. und 18. Jahrhunderts zu einem stets von Amtswegen einzuleitenden, streng geschlossenen Verlassenschaftsverfahren. Seine schärfste Spitze hat diese Entwickelung in der österr. „Verlassenschaftsabhandlung“ erhalten, deren Grundzüge als Typus des Systems hier angeführt werden sollen.[1])

Im österreichischen Rechte behielt das römischrechtliche Erbschaftserwerbsprinzip Geltung (§§ 547, 790 A. Ö. B. G. B.) Während nun ehedem dem Erben der eigenmächtige Erwerb nicht nur der Erbschaft, sondern auch des Besitzes der Erbschaftssachen gestattet war,[2]) hat § 797 des A. B. G. B. die Bestimmung getroffen: „Niemand darf eine Erbschaft eigenmächtig in Besitz nehmen; das Erbrecht muss vor Gericht verhandelt und von demselben die Einantwortung des Nachlasses d. h. die Übergabe in den rechtlichen Besitz bewirkt werden.“ Bis dahin ist der Erbe in Ansehung des Nachlasses verfügungsbeschränkt. Bei jedem Erbfalle setzt sofort die Tätigkeit der Abhandlungsbehörde, welche dafür zu sorgen hat, dass

---

[1]) Den Höhepunkt der Entwicklung bedeutete das österr. Patent vom 9. IX. 1785 (25—44); in dem allg. österr. B. G. B. v. 1811 (§ 797 ff.) und dem Patente vom 9. IX. 1854 (§§ 122, 124, 149, 174, 180) zeigten sich bereits Erscheinungen einer Reaktion. Vgl. Unger, österr. Erbrecht (1864); die Verlassenschaftsabhandlung in Österreich (1862), Harassowsky, Grundzüge der Verlassenschaftsabhandlung . . . (1862), Graf Chorinsky, Das Notariat und die Verlassenschaftsabhandlung in Österreich (1877), Randa, Der Erbschaftserwerb nach österr. Rechte (1877). — In milderer Gestalt galt dieses System nach mannigfachen Wandlungen, abgesehen von dem Württemberger Rechte (Wächter, Handb. d. in Württ. gelt. Pr. R. (1839) I. S. 439 ff., 1054 ff., von Probst, Verl. Verf. in Württ. Arch. f. c. P. Bd. 75, S. 23 ff.), in dem grössten Teile Bayerns (Cod. Max. Bav. III. 1. § 6—18 verb. mit Gen. Man. v. 30. X. 1767 Nov. 331; Bamb. Landr. 73—78; fürstl. Kempt. L. O. Art. 92; Lindauer Ratsschluss v. 4. II. 1768; Regensburger Wachtgedingsordnung V. 5 und Ger. O. für das Vorm. A. v. 13. IV. 1804. Tit. III., bayer. Not. Ges. v. 10. XI. 1861 mit Instr. v. 1. VI. 1862). Vgl. auch für Baden Gesch. O. v. 19. VII. 1870., 2. XI. 1889, §§ 101, 102 und Waisenrichterordn. v. 30. X. 1889.

[2]) Vgl. Unger V. A. S. 66 ff. – Ebenso in Bayern: Kreittmayr, Cod. Max. Bav. III. 1. § 6 N. 6: „soweit die Verlassenschaft leer und noch von Niemand andern präoccuppiert ist“. Eine völlige Umgestaltung erfolgte durch das bayer. Gen. Mand. v. 30. X. 1767 Nov. 331.

alle in ihrem Bezirke vorkommenden Todesfälle ihr sogleich bekannt werden, von Amtswegen mit der sog. „Todesfallsaufnahme“ ein: Der Nachlass wird gesiegelt, „gesperrt“, in öffentliche Obhut genommen, mit Beschlag belegt.[1]) Sodann eröffnet und publiziert das Gericht die schriftliche Erklärung des letzten Willens, verständigt die vermutlichen Erben vom Erbanfalle und fordert sie auf, ihre Erbeserklärung beizubringen, erlässt an unbekannte Erben „Convocationsedikte“, bestellt unter Umständen einen Kurator zur Abhandlung der Verlassenschaft, nimmt in gewissen Fällen die Errichtung eines Inventars von Amtswegen vor[2]) und setzt das zur Bemessung und Erhebung der Verlassenschaftsgebühren bestimmte Amt von dem Todesfalle in Kenntnis. Kommen widersprechende Erbeserklärungen vor, so hat das Gericht nach Einvernehmen der Parteien zu entscheiden, welcher Erbprätendent gegen den anderen als Kläger aufzutreten hat; bis zur Beendigung des nunmehr über das Erbrecht zu führenden Streites rückt die Verlassenschaftsabhandlung nicht weiter. Wer in diesem Streite den Sieg davonträgt oder sein unbestrittenes Erbrecht dargetan hat, muss, um die Einantwortung des Nachlasses zu erwirken, erst noch die von der Verlassenschaft zu entrichtenden Gebühren berichtigt oder doch sichergestellt und alle übrigen ihm vom Gesetze oder durch den Erblasser auferlegten Verbindlichkeiten erfüllt haben und sich hierüber vor Gericht ausweisen. Erst dann ist die Versiegelung des Nachlasses aufzuheben und dem Erben die Verlassenschaft mittels des „Einantwortungsdekretes“ zu überantworten. Die verlassenschaftsgerichtliche Einanwortung ist der einzige Weg, auf welchem der Erbe zur Erbrechtsausübung

---

[1]) Vgl. Unger, Erbrecht S. 155 f.

[2]) Nach dem Patente vom 9. IX. 1705 hatte die Abhandlungsbehörde sogar für Befriedigung bezw. Sicherstellung aller Gläubigeransprüche von Amtswegen Sorge zu tragen. Dieser Standpunkt wurde durch die Sätze gerechtfertigt: hereditas non intellegitur nisi deducto prius aere alieno; creditores proximi heredes; „dem Erben gebührt nur der reine Nachlass“; „der Nachlass ist in erster Linie den Erbschaftsgläubigern verfangen“. Von diesem ungesunden, den Rechtsgrundsatz jura vigilantibus scripta sunt in das Gegenteil verkehrenden Prinzipe ist das österr. Recht z. T. bereits im A. B. G. B (§§ 688, 811) abgekommen.

gelangt.[1]) — Diese Ausartung behördlicher Beeinflussung des Erbübergangs rief eine vollständige Trübung und Verschiebung der Rechtsanschauungen über den Erbschaftserwerb hervor. Es wurde die Lehre aufgestellt und vertreten, dass nach österreichischem Rechte der Erbe nicht durch den Erbschaftsantritt, sondern erst durch die Einantwortung des Nachlasses Eigentümer desselben werde, dass der Erbfall lediglich Erwerbstitel sei und zum Erbschaftserwerbe selbst noch die gerichtliche Übergabe als Erwerbsgrund hinzutreten müsse.[2])

Gegen diesen umständlichen, Gericht und Parteien mit Mühe und Kosten belastenden, nach den statistischen Ergebnissen überaus langwierigen Vorgang hat sich die Kritik mit Schärfe gewendet. Den Anstoss gab *Joseph Unger*s historisch-kritische Schrift: Die Verlassenschaftsabhandlung in Österreich,[3]) in welcher er nachweist, dass die obrigkeitliche Ordnung aller Erbübergänge weder der ursprünglichen Rechtsanschauung des Volkes entspreche, noch auch in diesem Umfange durch praktische Bedürfnisse gerechtfertigt sei; dass die Verlassenschaftsbehandlung die Doppelaufgabe, die sie sich gestellt: Dem wahren Erben der reine Nachlass nie vollkommen und, da durch die verlassenschaftsgerichtlichen Ergebnisse der ordentlichen Rechtsverfolgung im Prozesswege nicht präjudiziert werde, nie endgiltig zu lösen im Stande sei. Zudem befinde sie sich im Widerspruche zu dem Grundsatze freier Selbstbetätigung der Beteiligten auf dem Gebiete des Privatrechts und bedeute für den Erben eine erhebliche Behinderung in der Realisierung seines Rechts, eine kleinliche Überwachung und Lenkung des individuellen Lebens. Aus diesen Erwägungen heraus hat *Unger* primär die Aufhebung des ganzen Instituts, eventuell die Zurückführung desselben auf die einfachsten Elemente mit Entschiedenheit gefordert. Ohne wesentlichen Erfolg im eigenen

---

[1]) Dargestellt nach Unger, Erbrecht S. 158 f., Verl.-Abhdl. S. 7 f.

[2]) So Stubenrauch, Kom. z. A. B. G. B. § 797. Vgl. hierüber Unger, Verl.-Abhdlg. S. 40, Randa, Der Erbschaftserwerb etc. S. 90 ff., Strohal, Zur Lehre vom Eigentum an Immobilien S. 95 ff., Stobbe § 282 N. 7.

[3]) Ungers Kritik wurde namentlich durch Chorinsky und Randa unterstützt.

Lande:[1]) die amtliche Behandlung der Nachlässe war dem Staate wegen der hiedurch für die Verfolgung öffentlicher, namentlich fiskalischer Zwecke gegebenen Bequemlichkeit, dem Publikum infolge der ihm durch langjährige Bevormundung anerzogen Unselbständigkeit und mangelnden Initiative unentbehrlich geworden.[2])

---

[1]) Dagegen ist nicht zu bezweifeln, dass Ungers Kritik und Vorschläge auf die Anschauungen der deutschen Juristenkreise, besonders auf die Verfasser des Entw. des B. G. B. einen sehr starken, zunächst sogar zu weit gehenden Einfluss ausübten. Es fehlte nicht an Stimmen, welche unter den Schlagwörtern: die Freiheit heile die Wunden, die sie schlage; der Kampf ums Recht sei eine Mannestugend, die völlige Aufhebung jeder amtlichen Tätigkeit in Nachlasssachen befürworteten, nicht bedenkend, dass diese Freiheit im Extrem dem Egoismus die Wege frei gibt, auf welchem dieser auch über wahrhaft schutzbedürftige Interessen hinweg rücksichtslos nur dem eigenen Vorteile nachzueilen vermag.

[2]) Es ist sehr bezeichnend, dass nach Einführung des B. G. B. die deutschen Bundesstaaten, in denen vordem die amtliche Nachlassbehandlung bestand, auf Grund der reichsrechtlichen Vorbehalte fast samt und sonders zu diesem Prinzipe sofort, Bayern nach kaum 2 ½ jähriger Unterbrechung zurückgekehrt sind Die Anhänglichkeit der Bevölkerung Württembergs an das dort bestehende amtliche Nachlassverfahren geht am besten aus der Tatsache hervor, dass die Kammer der Abg. während der Abfassung des B. G. B. an die Regierung viermal einstimmig und eindringlich die Aufforderung richtete, die in Württemberg bezüglich des Nachlasswesens bestehenden Einrichtungen gegen Änderungen durch die Reichsgesetzgebung zu schützen (vgl. Probst a. a. O. S. 35). Zur Begründung des bayer. Nachlassgesetzes vom 9. August 1902 wurde namentlich geltend gemacht, es habe sich trotz der Kürze der seit Inkrafttreten des B. G B. verstrichenen Zeit, wie aus zahlreichen Gerichtsberichten hervorgehe, gezeigt, dass die Bevölkerung die gewohnte obrigkeitliche Hilfe bei Ordnung der erbrechtlichen Verhältnisse vermisse, dass ferner nach den Erfahrungen der Hypothekenämter und Katasterbehörden die Beteiligten die Berichtigung der öffentlichen Bücher, wenn sie nicht von Amtswegen entsprechend angehalten werden, regelmässig unterlassen und dass deshalb zu befürchten sei, es werde die Evidenthaltung insbes. der Grundbücher, für deren Anlegung der Staat grosse Opfer bringe, vereitelt werden. (Vgl. amtl. Begründung z. bayer. Nachlassges. S. 3 ff.) Doch gab es während der Beratung des Nachlassgesetzes in der Presse auch Stimmen genug, welche dem Entwurfe den Vorwurf machten, er beschränke das Recht freier Selbstbestimmung auf dem Gebiete des Privatrechts, verursache Mühe und Kosten und verfolge weniger Privatinteressen als das Interesse des Fiskus Vgl. die Ausf. d Reichsrats von Schmitt in der Ausschusssitzung vom 30. V. 1902.

In der grösseren Zahl der deutschen Rechtsgebiete verblieb es aber bei dem naturgemässen Grundsatze, dass ein behördliches Eingreifen in den Nachlass nur ausnahmsweise stattzufinden hat, hauptsächlich in Fällen drohender Nachlassgefährdung, deren Zahl in den einzelnen Rechten freilich sehr verschieden bestimmt war.[1]) Diesen Standpunkt vertrat vor allen auch das preussische A. L. R.[2]) Es ist interessant, dass auch für Preussen bei Abfassung dieses Gesetzbuches die Einführung der obligatorischen Verlassenschaftsbehandlung mit der Begründung begutachtet wurde, auf solche Weise werde den Vewirrrungen, Verdunkelungen, Verkürzungen und Streitigkeiten vorgebeugt, welche aus einer blossen Privatbehandlung der Erbschaften entstehen könnten. Es verlohnt sich, die hiegegen von *Suarez* in seiner revisio monitorum[3]) ausgesprochenen, überaus zutreffenden Gegenbemerkungen zu hören, durch welche der von *Unger* und *Chorinsky* an der österreichischen Verlassenschaftsabhandlung geübten Kritik zum Teil vorgegriffen[4]) ist:

> Ich finde dieses Prinzip, sagt Suarez, äusserst bedenklich, der bürgerlichen Freiheit nachteilig und wegen der daraus entstehenden, zumeist ganz unnötigen Kosten für die Staatsuntertanen drückend. Die Gesetze müssen die Rechte und Pflichten des Erben bestimmen.... Gibt der Staat deutliche und bestimmte Gesetze, so hat er das seinige getan und nun ist es Sache jedes Bürgers, von diesem Rechte Gebrauch zu machen und die Pflichten zu beobachten. Die rechtlichen Folgen, wenn er jene vernachlässigt und diesen zuwider handelt, muss alsdann jeder sich selbst zuschreiben. Der Richter muss sich in die Geschäfte des Bürgers nicht anders einmischen, als wenn er dazu aufgefordert wird; geht er weiter, so leidet die bürgerliche Freiheit und er wirft sich zum Vormunde der Staatsbürger auf. Eine Dazwischenkunft ist in causis civilibus nur dann zulässig und notwendig, wenn bei einer Angelegenheit Bürger des Staats interessieren, die ihren Sachen nicht selbst vorstehen können und die auch niemand haben, den die Gesetze berechtigen und verpflichten, an ihre Stelle zu treten. Dass aus der aussergerichtlichen Behandlung der Erbschaften zuweilen Dunkelheiten und Verwirrungen entstehen, dass creditores, welche ihre Rechte nicht genug invigilieren, durch schlechte und unredliche Administration der Erben verkürzt werden, dass Erben, die dabei leichtsinnig und un-

---

[1]) Vgl. Stobbe S. 34, Mot. V. 557, Denkschr. S. 248.
[2]) A. L. R. I. 9. § 413, 420, 460 f.
[3]) Vgl. Bornemann, Preuss. Zivilrecht II. Ausg. VI. § 416.
[4]) Esslinger a. a. O. S. 2.

vorsichtig zu Werke gehen, sich selbst zuweilen in Verlegenheit und Schaden stürzen, das kann die Gesetzgebung nicht berechtigen, von jenen allgemeinen Grundsätzen in der Materie von den Erbschaften abzugehen.

Das bürgerliche Gesetzbuch hat sich — in Anlehnung an das Vorbild des allgemeinen Landrechts und unter bewusster Ablehung der obligatorischen Nachlassbehandlung in allen Fällen — auf den Standpunkt gestellt, dass die Ordnung der Erbverhältnisse Sache freier Parteitätigkeit bleibt.[1]) Nach der materiellen Gestaltung der Erbfolgeverhältnisse erlangt, wie erwähnt, das durch den Erbfall seines bisherigen Subjektes beraubte Vermögen sofort und unmittelbar kraft Rechtssatzes einen neuen Herrn und Besitzer, bekommen die Nachlassgläubiger einen neuen Schuldner. Da ist keine Lücke, kein herren- oder besitzloses ruhendes Gut. Eine Behördenmitwirkung bei Erwerb der Erbschaft oder des Nachlassbesitzes ist weder geboten noch gestattet, ein obrigkeitlicher Schutz der Rechte Dritter tritt regelmässig nicht ein. Mit diesem Standpunkte grundsätzlichen Ausschlusses obrigkeitlicher Einmischung in die Erbrechtsverhältnisse befindet sich das B. G. B. in wesentlicher Übereinstimmung sowohl mit dem altdeutschen als auch — trotz der materiellen Verschiedenheit bezüglich des Erwerbes der Erbschaft und des Erbschaftsbesitzes — mit dem römischen Rechte, und im Einklange mit den modernen sozialen und wirtschaftlichen Forderungen: Freie Selbstbetätigung der Parteien auf dem Gebiete des Privatrechts, keine Verzögerung in der Realisierung der Rechte durch bevormundende Dazwischenkunft der Obrigkeit. Zu Gunsten der Freiheit der Privatbeteiligten in der Ordnung der Erbverhältnisse hat das B G. B. auf die Vorteile verzichtet, welche der amtlichen Nachlassbehandlung nicht abzusprechen sind, indem diese eine gewisse Gewähr dafür bietet, dass Nachlassgegenstände nicht beiseite geschafft werden, der wahre Erbe ermittelt wird und in den Besitz des Nachlasses gelangt, dass Nachlassverbindlichkeiten in einer den Kräften des Nachlasses entsprechenden Weise be-

[1]) Dieses Prinzip ist bereits in einem Vorbeschlusse der zur Verfassung des Entwurfs eines deutschen B. G. B. eingesetzten Reichskommission vom 21. X. 1876 festgestellt worden. Vgl. Mot. V 541, 557, Denkschr. S 248.

richtigt werden und die Anordnungen des Erblassers zur Ausführung gelangen.[1])

Ist dieseser Grundsatz der Nichteinmischung staatlicher Organe auf erbrechtlichem Gebiete ausnahmslos und konsequent durchgeführt?

Es wird zugegeben, dass das Reichserbrecht von dem Prinzipe des ipso jure unter Ausschluss obrigkeiteitlicher Mitwirkung eintretenden Erwerbs der Erbschaft und des Erbschaftsbesitzes eine direkte Ausnahme nicht statuiert,[2]) und es wurde

---

[1]) von Probst, der Verteidiger des württ. Verlassenschaftsverfahrens, hat in dem sehr beachtenswerten Aufsatze: „Die amtl. Einflussnahme auf die Abh. der Verl. nach dem Entw. eines B. G. B.“ (Arch. f. c. P. Bd. 75) hervorgehoben, der Entwurf übe in der Nachlassfürsorge eine zu weit gehende Zurückhaltung und Einschränkung und bedeute einen Rückschritt gegenüber den auf anderen Gebieten der modernen Gesetzgebung herrschenden Bestrebungen: dort, wo Quellen rechtlicher Verwickelungen, Störungen und Streitigkeiten liegen, durch öffentliche Einrichtungen und Handreichungen (Personenstandsregister, Handelsregister, Grundbücher etc.) für Klarhaltung der Privatrechte zu sorgen, sowie Zeit und Kosten verschlingenden Reibungen nach Tunlichkeit vorzubeugen. Dieser Standpunkt des Entwurfes habe seinen inneren Grund in der vom Reichsrechte vorgesehenen unsachgemässen Organisation der Nachlassbehörde und sohin Berechtigung nur nach der Maxime des geringeren Übels. Die Würdigung dieser Gesichtspunkte soll, soweit sie nicht durch die Reform des Entwurfes überholt ist, der späteren Darstellung vorbehalten werden.

[2]) Beachtung verdienen jedoch die Bestimmungen jener Reichsnebengesetze, nach denen der Erbe, um über solche Nachlassgegenstände, für welche im Interesse der Gemeinkundigkeit und des sicheren Bestands derselben ein öffentliches Buch oder Register (Grundstücksrechte, Schiffspfandrechte, Urheberrechte etc.) geführt wird, bücherlich verfügen oder um solche Berechtigungen nach irgend einer Richtung hin ausüben zu können, für den Regelfall der Eintragung seiner Person in jenes Buch oder Register und zu diesem Zwecke der Mitwirkung der hienach zuständigen Behörde bedarf. — Was speziell Nachlass-Grundstücksrechte anlangt, kann aber nach modernem Rechte — im Gegensatz zu vereinzelten früheren Partikularrechten (vgl. sächs. Gesetzbuch § 2286) — von einer Ausdehnung des Eintragungsprinzips auf dem erbrechtlichen Erwerb keine Rede sein. — Nicht hierher gehörig sind dagegen diejenigen Fälle, in denen der Erbe zur Fortführung eines vom Erblasser betriebenen Gewerbes staatlicher Konzession bedarf; denn hiebei handelt es sich weder um privatrechtliche, noch um öffentlich-rechtliche Beerbung, vielmehr nur um die Ablösung des bisherigen Rechtsträgers durch einen neuen Rechtsträger, ohne dass

bereits anerkannt, dass bei Ordnung der Nachlassverhältnisse ein Eingreifen obrigkeitlicher Organe aus Gründen der Rechtssicherheit unerlässliche Aufgabe jedes Rechtsstaates ist, dass die präventive Rechtsfürsorge gerade im Verlassenschaftswesen ihr wichtigstes Anwendungsgebiet findet. Diese Auffassung führte mit Recht, abgesehen von der den Gegenstand der Darstellung bildenden Fürsorgetätigkeit, zu dem Gebote stets von Amtswegen zu betätigender Erkundung und Kundgabe letztwilliger Verfügungen[1]) und zur Bereitstellung nachlassbehördlicher, stets durch Parteitätigkeit zu veranlassender Mitwirkung in einer nicht unbedeutender Anzahl anderer Fälle, vor allem: bei Entgegennahme der Annahme- oder Ausschlagungserklärung (§ 1945), der Anfechtung dieser Willensakte oder einer Verfügung von Todeswegen (§§ 1955; 2081, 2281), der Anzeige von dem Eintritte des Nacherbfolgefalles oder eines Erbschaftsverkaufes (§§ 2146, 2384);[2]) ferner zum Zwecke der Vermittelung der Auseinandersetzung unter Miterben (§§ 86 ff. G. f. G.) und bei Erteilung eines Zeugnisses über die Erbberechtigung (§ 2353 f. f.) Hervorgehoben sei endlich die Behördentätigkeit zum Zwecke der Ermittelung der Nachlassgläubiger (§ 1970 f. f. 2061), zur Klarstellung der Schuldenhaftung sowie zwecks Auseinandersetzung mit den Nachlassgläubigern im Haftungsrechte (Inventar, Nach-

---

auf dem letzteren etwas von dem Rechte des ersteren übergeht. Vgl. Strohal Bd. I § 1 I 3, III N 24 a; Schultzenstein, Konzession und Erbrecht (Verw.-Archiv X. S. 123). — Eine Sonderstellung bezüglich der Abhängigkeit der Erbrechtsausübung von behördlicher Mitwirkung nimmt der Fiskus als gesetzlicher Erbe ein. Vgl. § 1964 ff. und § 10 der Darst.

[1]) §§ 2246, 2248 ff., 2259 ff., 2300 B. G. B., 83 G. f. G. Eine weitere Tätigkeit ergibt sich, wenn durch letzten Willen die Bestimmung des Empfängers oder des Gegenstandes einer Zuwendung dem Wahlrechte eines Dritten anheimgestellt (§§ 2151 ff., 2192 f.) oder eine Testamentsvollstreckung angeordnet ist. (§§ 2198 ff., 2216, 2224 ff., 2368.)

[2]) Vgl. ferner die nachlassgerichtliche Mitwirkung bei Entgegennahme gewisser, in dem Gebiete des Familienrechts normierter, eine Korrektur der gesetzlichen Erbfolge veranlassender Erklärungen: der Eheanfechtung des § 1342, der Ehelichkeitsanfechtung des § 1597, ferner gewisser auf die fortgesetzte Gütergemeinschaft sich beziehender Erklärungen. (§§ 1491, 1492, 1507). Im übrigen mag bezüglich der einzelnen behördlichen Tätigkeiten in Nachlasssachen die Verweisung auf die von Strohal II. S. 58 f. und Weissler S. 11 ff. gegebenen erschöpfenden Zusammenstellungen genügen.

lassverwaltung, Nachlasskonkurs, §§ 1993 f. f., 1975 f. f. B. G. B., 214 f. f. K. O.).[1])

Mit dieser Ausgestaltung hat sich das moderne Reichsrecht in Ansehung amtlicher Einmischung in Nachlassangelegenheiten auf das möglichst niedrige Mass beschränkt. Soweit ein Einschreiten vorgesehen ist, tritt dieses von Amtswegen nur in Ausnahmefällen, im übrigen nur auf Antrag ein.[2]) Jedenfalls findet nach B. G. B. kein geschlossenes amtliches Nachlassverfahren statt, welches sofort nach dem Erbfalle den Nachlass ex officio erfasst und bis zur Ausschüttung amtlich behandelt; ein solches existiert nur in der privatamtlichen, dem Willen des Erblassers anheimgegebenen Testamentsvollstreckung. Im übrigen aber finden sich nur einzelne, unter sich nicht zusammenhängende Sonderverfahren, von welchen nur das im Einzelfalle erforderliche zur Anwendung kommt.[3])

Immerhin ist die Zahl der vom Reichsrechte vorgesehenen Akte behördlicher Tätigkeit in Nachlasssachen keine unbeträchtliche. Zudem aber bildet — abgesehen von den Fällen amtswegigen Einschreitens — in einer nicht unbedeutenden Anzahl von Fällen die Inanspruchnahme aktiver oder passiver Behördenmitwirkung für die Beteiligten die notwendige Bedingung zur

---

[1]) Gläubigeraufgebot und Nachlasskonkursverfahren sind positiv-rechtlich den Behörden der streitigen Gerichtsbarkeit überwiesen (§ 998 ff. C. P. O., 214 ff. K. O.)

[2]) Nach dem B G B. ist in Nachlasssachen die Behördentätigkeit auf Antrag die Regel, die Tätigkeit von Amtswegen die Ausnahme. Eine merkwürdige Verkehrung dieses grundsätzlichen Standpunktes enthält die Auffassung Dernburgs § 126 V S. 355, wonach „in Nachlasssachen das Gericht regelmässig von Amtswegen einschreite und nur ausnahmsweise ein Antrag notwendig sei". Diese Auffassung steht in direktem Widerspruche zu dem in den Materialien des B. G. B wiederholt und deutlich zum Ausdrucke gelangten Standpunkte des Gesetzgebers (vgl. z. B. Mot. V 541, 557; Denkschrift 248) und beruht offenbar auf einer künstlichen Überspannung des für die Nachlasssicherung und die Testamentsfürsorge aufgestellten Offizialprinzips dahin, dass die Nachlassbehörde, um zu untersuchen, ob für jene Amtshandlungen die Voraussetzungen gegeben seien, auf Grund des § 12 G. f G. bei jedem Todesfalle von Amtswegen einschreiten müsse.

[3]) Weissler N. V. S. 20.

Erreichung des gewollten Zweckes:[1]) Zum Anrufen der Nachlassbehörde besteht ein unmittelbarer oder mittelbarer (Antrags-) Zwang. In letzterer Hinsicht verdient das amtliche Erbenlegitimationsverfahren infolge seiner umfassenden praktischen Bedeutung besondere Beachtung: Eine Reihe reichsgesetzlicher und landesrechtlicher Vorschriften verlangen vom Erben, wenn dieser Nachlassgegenstände, welche sich in der Verwahrung einer Behörde befinden (Reichsbank, Hinterlegungsstellen), zurücknehmen will oder wenn dieser, um über solche zur Erbschaft gehörige Gegenstände, für welche ein öffentliches Buch oder Register geführt wird, bücherlich verfügen zu können, der Eintragung seiner Person als Berechtigten bedarf, einen amtlichen Nachweis der Erbfolge und zwar regelmässig, um jene Behörden der Verpflichtung selbständiger Prüfung und Feststellung des Erbrechts zu entbinden, durch Erbschein.[2]) Soweit es sich aber um Nachlassgegenstände anderer Art handelt oder soweit ähnliche Vorschriften nicht bestehen, machen die Bedürfnisse des Verkehrs die Erwirkung einer behördlichen Erblegitimation unentbehrlich: Jeder dritte, welcher mit dem Erben in Ansehung eines Nachlassgegenstandes in rechtsgeschäftliche Verbindung tritt, wird von diesem die Vorlegung eines amtlichen Zeugnisses über das Erbrecht verlangen, um den empfindlichen Nachteilen zu entgehen, denen er ausgesetzt ist, wenn sich demnächst ergibt, dass der angebliche Erbe in Wirklichkeit nicht der Erbe ist. Eine Umgehung des amtlichen Erbeslegitimationsverfahrens, eine Umgehung nachlassbehördlicher Mitwirkung ist mithin bei jedem Erbfalle regelmässig

---

[1]) z. B. für die Wirksamkeit der Ausschlagung (§ 1945 Abs. 1) einer Anfechtung (§ 1955, 2081), zum Zwecke der Haftungsbeschränkung (§ 1981, 1993 ff.). Dagegen trifft dies nicht zu z. B. für die Nachlassauseinandersetzung, für den Erbschaftskauf.

[2]) Vgl. §§ 36. 37, 99 G. B. O.; 107. Abs. 2 G. f. G.; 11, 7 R. Schuldb. G. (198 G. f. G.) 12 Preuss. Staatsschuldb. G. v. 2. VII. 1883, Art. 51 Abs. 3 S. 2. — 727 f. C. P. O.; 17 Zw. V. G. — 792, 896 C. P. O. — Für den auf Grund einer öffentlich beurkundeten Verfügung von Todeswegen Erbberechtigten genügt zwar regelmässig die Vorlage dieser Verfügung. Die Mitwirkung der Nachlassbehörde hat aber in diesen Fällen bereits in der Form der Testamentseröffnung stattgefunden. Strohal II. 149. II; Mot. V 557; Denkschr. 291.

dann undenkbar, wenn ein Erbvermögen vorhanden ist, welches im rechtsgeschäftlichen Verkehre wirtschaftlich verwendet werden soll. Die hiedurch gegebene universelle Bedeutung spez. des Erbscheinsverfahrens verdient deshalb eine eingehende Beachtung, weil das Verfahren der Erblegitimation ohne Rücksicht auf das veranlassende spezielle Bedürfnis sich auf Untersuchung und Feststellung der gesamten Erbfolgeverhältnisse in Ansehung des gesamten Nachlasses erstreckt; denn ein gegenständlich beschränkter Erbschein ist trotz partikulärer, mit Rücksicht auf die Gebührenbewertung aus Billigkeitsgründen getroffener Abweichungen nur in dem Ausnahmefalle des § 2369 B. G. B. statthaft. [1])

Es findet also schon nach Reichsrecht ein Erbübergang nicht leicht ohne behördliche — sei es von Amtswegen, sei es auf Parteitätigkeit hin eintretende — Mitwirkung seine Erledigung, trotz des vom B. G. B. aufgestellten Grundsatzes der Nichteinmischung. Dieser immerhin nach einer gewissen zurückhaltenden Begrenzung drängende Grundsatz erfährt aber auf Grund reichsrechtlicher Vorbehalte weitgehende Durchbrechungen durch das Landesrecht. Vor allem sind es art. 140 E. G. B. G. B. und § 192 G. f. G., durch welche in die Mauer, welche das Reichsrecht zwischen dem Bereiche obrigkeitlicher Tätigkeit und privater Autonomie errichtet hat, eine weite Bresche geschlagen wurde, durch welche in Nachlassangelegenheiten der obligatorischen Amtstätigkeit das Eindringen bezw. Wiedereindringen in das Gebiet der Privatautonomie ermöglicht wurde.

---

[1]) Ebenso Esslinger S. 28, 29; Staudinger S. 677; Rsp. IV. 397, VI. 315; Centr. Bl. f. fr. Ger. II. 513. (Pfäfflin), III. 732; Recht 03. 105. Unzutreffend Entsch. des bayer. O. L. G. II. 191, Planck Bem. 6 zu § 2369. — Beeinflusst durch die Erinnerung an den aus dem römischen Interdictum quorum bonorum und der missio Hadriana verschmolzenen gemeinrechtlichen Einsatz hat Maerker [die Nachlassbehandlung (1894) S. 10] die Erbbescheinigung für eine vorläufige, zum Zwecke provisorischer Regelung des Besitzstandes bestimmte missio in bona erklärt. (Ähnlich K.-G. 13, 66, R.-G. 8, 246, Prot. V. 683). Hievon kann bei dem modernen Erbscheinsverfahren keine Rede sein: denn es handelt sich bei der Erteilung eines Erbscheins weder um etwas provisorisches, noch um eine Einweisung des Erben in den Nachlassbesitz. Vgl. Windscheid III. § 617 ff.; Esslinger S. 76 gegen Kuhlenbeck III. S. 449 und Endemann III. § 117, 1.

In der Tat sind auf Grund dieser Vorbehalte vor allen die süddeutschen Staaten und zwar Württemberg und Baden sofort, Bayern nach kaum 2 1/2 jähriger Unterbrechung zu einer gegenüber dem früheren Rechtszustande allerdings beschränkteren amtlichen Nachlassbehandlung zurückgekehrt.[1]) Eine gründliche Beachtung verdient ferner der generelle Vorbehalt des § 200 G. f. G.: Das Reichsgesetz über die Ang. der freiw. Ger. hat unter Ablehnung des Kodifikationsprinzips der Landesgesetzgebung schlechthin gestattet, auf dem Gebiete der freiwilligen Rechtspflege Ausführungs- und Ergänzungsvorschriften zu erlassen, ohne dass hiezu spezielle reichsrechtliche Vorbehalte erforderlich wären. Von dieser Ermächtigung haben die Landesgesetzgebungen gerade auf dem Gebiete des Nachlasswesens einen sehr ausgiebigen Gebrauch gemacht und dabei, wie an geeigneter Stelle gezeigt werden wird, nicht selten Bestimmungen getroffen, welche — erklärlich aus der geschichtlichen Entwickelung und dem Rechtszustande des Nachlasswesens in den betr. Partikularrechten vor Einführung des B. G B. — in offenem oder verdecktem Widerspruche zu Zweck oder Inhalt der Reichsgesetze sich befinden. Es mag schliesslich nicht unerwähnt bleiben, dass der reichsrechtliche Gedanke möglichster Beschränkung obrigkeitlichen Eingreifens in die Nachlassverhältnisse durch art. 147 E. G. B.G. B. partikularrechtlich nicht unwesentlich variiert wurde: Während das Reichsrecht durch die Überweisung der Nachlassangelegenheiten an die Gerichte der behördlichen Beeinflussung der Erbverhältnisse eine gewisse natürliche Grenze geschaffen hat, ist es durch art. 147 der partikulären Gesetzgebung ermöglicht, ihr Gebiet für die Zwecke der Überwachung und Behandlung der Erbübergänge mit einem eng-

[1]) Vgl. Württ. A. G. B. G. B. art. 82, 88, 89; Bad. Rechts-Pol. G. § 46; Bayer. G. betr. das Nachlasswesen v. 9. VIII. 1902 art. 3 ff. Ferner Hess. A. G. G. f. G. art. 47; Sachsen-Altenb. A. G. B. G. B. § 140, Sachsen-Weimar. A. G. B. G. B. §§ 237 ff. — Besonders die Erleichterung und Förderung der Nachlassauseinandersetzung wurde als dringender Anlass und wesentlicher Gegenstand obligatorischer Amtsfürsorge erachtet, aus der Erfahrung heraus, dass jede Erbengemeinschaft den Keim von Verwickelungen und Prozessen in sich trägt, dass, wie es in den Volksmund gekommen ist, „der Frieden der Familien seine schwerste Probe in den Erbteilungen zu bestehen“ hat. Vgl. Probst a. a. O. S. 3.

maschigen Netze von Beamten und Behördenorganisationen zu überziehen.[1])

Die vom modernen Reichserbrechte, dem B. G. B. und seinen Nebengesetzen erstrebte Rechtseinheit in Ansehung der grundlegenden Sätze des Nachlasswesens ist mithin in Wirklichkeit eine nur unvollkommene.[2])

Der durch die Rechtsnachfolge von Todeswegen sich vollziehende Vermögenserwerb wurde frühzeitig vom Staate als Einkunftsquelle für den Fiskus ins Auge gefasst.[3]) Dort, wo dieser finanzielle Gesichtspunkt nicht zu einer direkten Besteuerung des Vermögensüberganges führte, wurde die von Seiten der staatlichen Rechtspflegeorgane der Ordnung der Erbverhältnisse

---

[1]) Erwähnt seien in diesem Zusammenhange endlich auch jene auf Grund reichsrechtlicher Vorbehalte ergangenen landesgesetzlichen Spezialbestimmungen, welche mit Rücksicht auf die Person des Erben und den Gegenstand des Erwerbs den Erbschaftserwerb durch die Notwendigkeit staatlicher Genehmigung beschränken. Vgl. art. 86—88. E. G. B. G. B.

[2]) Gelegentlich der Beratungen des bayer. Nachlassgesetzes fehlte es nicht an Stimmen, welche hervorhoben, dass durch die Wiedereinführung eines amtlichen Nachlassverfahrens mit dem grossen freiheitlichen Prinzipe des neuen bürgerlichen Rechtes gebrochen und die Errungenschaft uneingeschränkter Bewegungsfreiheit der Parteien auf dem Gebiete des Privatrechts, insbesondere der erbrechtlichen Verhältnisse, illusorisch werde. Besonders scharf müsse dieser Eingriff in denjenigen bayer. Rechtsgebieten empfunden werden, welche auch vor dem 1. Januar 1900 ein amtliches Nachlassverfahren nicht kannten. (Vergl. die Ausführungen des Reichsrats von Schmitt in der Ausschusssitzung vom 30. V. 02.) Trotzdem führten die Hoffnungen auf die wohltätigen Wirkungen, die man sich von dem Gesetze versprach, zur Annahme des Entwurfes. Die praktischen Ergebnisse des Nachlassgesetzes haben jene Bedenken durchaus gerechtfertigt: in einem grossen Teile Bayerns empfindet die Praxis die obligatorische Amtstätigkeit in Nachlasssachen als unerträgliche und vollkommen unnötige Belästigung von Publikum und Gericht. Zudem hat sich der Erfolg als ein fast negativer herausgestellt. Zweck des Gesetzes war die Begünstigung der Nachlassauseinandersetzungen: unter 54944 Erbfällen, welche im Jahre 1904 zu nachlassgerichtlichem Einschreiten Anlass boten, ist es in nur 2149 Fällen zu gerichtlicher Vermittelung der Erbteilung gekommen, d. h. in kaum 600 Fällen mehr gegenüber dem Jahre 1900, wo die Auseinandersetzung nur auf Antrag hin eingeleitet wurde. Vergl. Ger. Statist. d. bayer. Just.-Min. Jahrgang 1904.

[3]) Vgl. Gg. Schanz, im Finanz-Arch. Bd. 17. S. 1 ff., Bd. 18. S. 533 ff.

gewidmete Fürsorge mit hohen Gebühren belegt. Die Massnahmen, welche der Staat zum Zwecke der sicheren Einbringung dieser Abgaben treffen zu müssen glaubte, haben z. T. erheblich in das Privatrechtsgebiet übergegriffen und das Nachlasswesen sowie die rechtliche Stellung der Nachlassbeteiligten nicht unwesentlich beeinflusst. Für das österreichische Recht wurde bereits betont, dass es zum guten Teile fiskalische Motive waren, welche zu der die Erbrechtsausübung erheblich beeinträchtigenden amtlichen Verlassenschaftsabhandlung führten. In einer mehr oder weniger ähnlichen Form haben auch in den deutschen Einzelstaaten solche fiskalische Gesichtspunkte die für den Erbübergang massgebenden privatrechtlichen Grundsätze durchsetzt und die Ausgestaltung des Nachlasswesens beeinflusst. Auf diese Gesichtspunkte soll noch zurückgekommen werden. In dieser Hinsicht ist man neuerdings durch das Reichserbschaftssteuergesetz vom 3. Juni 1906 der Rechtseinheit um einen wesentlichen Schritt näher gerückt. —

Es ist der Zweck der folgenden Darstellung, eines der Sonderverfahren des modernen Nachlasswesens nach seinem Zwecke, seinen Voraussetzungen und Formen darzulegen, sowie namentlich auf seine materiellrechtlichen Grundlagen und Wirkungen zu untersuchen. M. E. beruht nämlich der für die Literatur der freiwilligen Gerichtsbarkeit viel beklagte Rückstand,[1]) abgesehen von der Lückenhaftigkeit rechtsgeschichtlicher Untersuchung weniger in einem Mangel an Darstellungen technischer Details der einzelnen Verfahrensarten, als darin, dass man die Zusammenhänge der behördlichen Einmischungs- und Mitwirkungsakte mit den Grundlagen des materiellen Rechts, die materiellrechtliche Bedeutung jener äusserlich formellen

---

[1]) Es ist im Allgemeinen auch heute noch zutreffend, was Österley, (Versuche aus dem Gebiete der sog. freiw. Gerichtsbarkeit Hannover 1830. S. 78) bezüglich des Literaturzustandes auf diesem Gebiete bemerkt: „Im Ganzen kann nicht verkannt werden, dass der Zustand unserer jetzigen Literatur zu keinen erfreulichen Betrachtungen veranlasst". Vgl. Oetker Grdr. d. freiw. Gerichtsb. (1904) § 1, VII; von Probst a. a. O. Arch. f. civ. P. Bd. 75. S. 10. — Neuerdings finden sich Ansätze zu Systemen (Josef, Nussbaum). Erst im Laufe der letzten Jahre wurde der freiw. Rechtspflege die Kathederfähigkeit in dankenswerter Weise eingeräumt.

Normen nicht genügend erkennt und würdigt: Die Bedingungen der Behördeneingriffe auf dem Gebiete der freiwilligen Rechtspflege ruhen in der materiellen Rechtsgestaltung, ihre Wirkungen sind für einen kleineren oder grösseren Kreis der Beteiligten zumeist auch materiellrechtliche. Mit besonderer Deutlichkeit und ziemlicher Konsequenz tritt dies im Nachlasswesen hervor.[1]) Dass als Gegenstand der Darstellung gerade die Nachlassfürsorge im Sinne der §§ 1960 f. f. gewählt wurde, rechfertigt sich damit, dass dieser Zweig behördlicher Nachlasstätigkeit nach Eintritt eines Erbfalles regelmässig der nächstliegende ist, sodass er vom B. G. B. als Nachlassfürsorge κάτ'ἐξοχήν bezeichnet wird,[2]) hauptsächlich aber durch die Erwägung, dass die Auffassung des Gesetzgebers von dem Umfange der behufs Sicherung der Nachlässe dem Staate zukommenden Aufgaben bestimmend und bezeichnend für die gesamte Gestaltung des Nachlasswesens ist: Je weiter man hier die Grenzen absteckt, desto näher kommt man dem System der amtlichen Nachlassbehandlung, desto mehr entfernt man sich von dem Grundsatze privater Nachlassregulierung durch die Beteiligten (Weissler). — Der einschlägigen modernen Rechtssprechung sowie den hervortretenden fiskalischen Momenten soll eine geeignete Beachtung gewidmet sein.

§ 2.

Voraussetzungen uud Zweck der Nachlassfürsorge.

A. Ungewissheit, Abwesenheit, Ausländereigenschaft, Kuratelbedürftigkeit,[3]) Unzuverlässigkeit eines bezw. aller Erbberufenen,

---

[1]) Vgl. z. B. zunächst die Antragspflegschaft des § 1961 (§ 4 der Darst.), das Auseinandersetzungsverfahren mit seinen Versäumnisfolgen gegen ausbleibende Miterben (§ 86 ff. G. f. G.), die Behördenmitwirkung im Haftungsrechte.

[2]) Vgl. die Überschrift zum ersten Titel des 2. Abschn. des Erbrechts vor § 1942 B. G. B. — Auch alle übrigen im 5. Buche des B. G. B. vorgesehenen Behördentätigkeiten charakterisieren sich als Akte amtlicher „Fürsorge". Dass gerade die in § 1960 ff. enthaltene Fürsorge als solche bezeichnet wurde, mag abgesehen von gesetzestechnischen Erwägungen darin seinen Grund haben, dass in diesem Falle besonders dringende Interessen der Gesamtheit der Nachlassbeteiligten in Frage stehen.

[3]) Namentlich Minderjährigkeit, zumeist ohne Rücksicht auf das Vorhandensein einer Erbenvertretung (Vgl. dagegen Code de proc. 819, 911).

Erbenmehrheit, Streit über die Erbberechtigung, wahrscheinliche Überschuldung des Nachlasses oder eines Erben waren die Voraussetzungen, unter denen nach bisherigem Rechte durch den Staat von Amtswegen für die Nachlasserhaltung Fürsorge getroffen wurde, abgesehen von denjenigen Rechtsgebieten, in denen amtliche Nachlassbehandlung in allen Fällen — ausnahmslos oder nur mit geringen Ausnahmen — eintrat. Neben den Voraussetzungen, welche Bedingung und Anlass staatlicher Nachlassfürsorge von Amtswegen bildeten, war es vielfach privaten Interessenten — Erben, Nachlassgläubigern, Eigengläubigern und Hausgenossen des Erblassers oder des Erben — gestattet, durch Antrag behördliche Sicherungsmassnahmen zu erwirken.[1])

Nach dem bürgerlichen Gesetzbuche ist unter der Doppelvoraussetzung

I. nicht feststehender Erbschaftsannahme,

II. eines vorhandenen Bedürfnisses

für die Sicherung des Nachlasses von Amtswegen zu sorgen § 1960 B. G. B.

Gegenüber dem bisherigen Rechte — abgesehen von den Rechtsgebieten mit dem Prinzipe amtlicher Nachlassbehandlung in allen Fällen — und der noch im Entw. I vorgeschlagenen Regelung bedeutet diese Bestimmung des B. G. B. einerseits eine Erweiterung, andererseits eine Einschränkung der Bedingungen, unter denen staatliches Eingreifen zum Zwecke der Nachlasssicherung erfolgen darf und muss. Eine Erweiterung insoferne, als auch bei Bestimmtheit und Fürsorgefähigkeit des Erbberufenen, eine Einschränkung insoferne, als nur bis zur Erbschaftsannahme und nur im Falle und im Rahmen eines Bedürfnisses bedördliche Sicherungsmassnahmen zu treffen sind.

Die so fixierten Voraussetzungen sind gleichwertig und bilden nur in Verbindung miteinander den Anordnungsgrund: Das Eingreifen der Behörden zum Zwecke der Nachlasssicherung

---

[1]) Vgl. vor allem das Preuss. A. L. R. I. 9. §§ 460 ff.; A. G. O. II. 5; Preuss. V. O. v. 5. VII. 65. §§ 15, 89; Codex Max. Bav. III. 1. § 18. N. 9; Sächs. G. B. § 2247; Code civ. a. 819; Stobbe § 282. VII; Roth § 413.

ist nach Reichsrecht bei nicht feststehender Erbschaftsannahme nur im Falle eines Bedürfnisses und bei Vorhandensein eines Bedürfnisses nur so lange statthaft, bis die Annahme der Erbschaft feststeht.[1]) Nach erfolgter und feststehender Erbschaftsannahme ist für die Behördenfürsorge gemäss § 1960 kein Raum mehr. Auch nicht bei Fürsorgeunfähigkeit des Erben.[2]) Diesen gegenüber § 2058 Abs. 1 des Entw. I[3]) behaupteten Standpunkt begründet der Gesetzgeber damit, dass kein Anlass bestehe, dem im Wege des Erbganges erworbenen Vermögen den behördlichen Schutz in anderer Weise oder in weiterem Umfange angedeihen zu lassen, als er allen Vermögensinteressen nach den Grundsätzen des Vormundschaftsrechtes zu Teil werde.[4])

I. Das B. G. B. zerlegt in § 1960 Abs. 1 die neben dem Bedürfnisse erforderliche Voraussetzung nicht feststehender Erbschaftsannahme in die zwei Unterfälle:

1. Gewissheit nicht erfolgter Annahme § 1960 Abs. 1 S. 1,

---

[1]) Nur das preuss. Recht ging soweit, dem Richter die Obsignation des Nachlasses schon dann zu gestatten, wenn „nach seinem Ermessen besondere Zeit- oder andere Umstände es als erforderlich erscheinen lassen, mit vorzüglicher Sorgfalt zu verhindern, dass nichts aus dem Nachlasse weggebracht, vielmehr alles in dem Zustande erhalten werde, in welchem es sich zur Todeszeit des Erblassers befand". A. G. O. II. 5. §§ 4, 5; Dernburg preuss. Pr. R. § 214, 7.

[2]) Endemann § 81 N. 8 ist der Ansicht: „§ 1960 Abs. 1 sei durch ausdehnende Auslegung den Verkehrsbedürfnissen dienstbar zu machen". Diese Meinung steht im Widerspruche mit dem Grundsatze des B. G. B., dass im Gegensatze zu früheren Rechten ein behördliches Einschreiten in Nachlassangelegenheiten nur ausnahmsweise und nur in bestimmten Fällen einzutreten habe. Die Voraussetzungen hiezu bestimmt § 1960 Abs. 1 und zwar erschöpfend. Deshalb ist der Nachlassbehörde, soweit nicht auf Grund art. 140 E. G. B. G. B. weitere Voraussetzungen für behördliche Nachlassfürsorge durch Landesgesetze statuiert sind, eine extensive Interpretation des Reichsgesetzes nicht gestattet.

[3]) Dagegen lehnte schon Entw. I die Bestellung eines Nachlasspflegers für diesen Fall ab, mit der Begründung, die Sorge für die Erbschaft unterscheide sich nicht von der Sorge für andere, vielleicht weit wichtigere Angelegenheiten Mot. V. 545.

[4]) Prot. 7746 Vgl. bayer. Nachl. O. § 4 II. S. 2.

2. Ungewissheit über erfolgte Annahme

unter Hervorhebung des besonders wichtigen Falles, dass ein gegenwärtig zur Erbschaft Berufener der Person nach unbekannt ist (§ 1960 Abs. 1 S. 2: Das Gleiche gilt, wenn der Erbe unbekannt oder wenn (sonst) ungewiss ist, ob er die Erbschaft angenommen hat).

Es wäre deshalb eine einfachere und doch vollkommen erschöpfende Fassung des § 1960 Abs. 1:

> Die Nachlassbehörde sorgt bei nicht feststehender Erbschaftsannahme im Bedürfnisfalle von Amtswegen für die erforderliche Nachlasssicherung.[1])

ad 1. Gewissheit nicht erfolgter Annahme liegt vor allem dann vor, wenn der gegenwärtig Berufene vor Ablauf der Ausschlagungsfrist ohne Bekundung des Willens, Erbe zu bleiben, und ohne formgerechte Ausschlagung sich jedes Eingriffes in den Nachlass enthält oder zwar erbschaftliche Geschäfte besorgt, jedoch unter dem ausdrücklichen Vorbehalte des Ausschlagungsrechtes oder so, dass eine Deutung als pro herede gestio nicht möglich ist; sie ist zumeist dann gegeben, wenn der bekannte Erbe abwesend ist und von dem Erbfalle den Umständen nach Kenntnis noch nicht erlangt haben kann.

ad 2. Ungewissheit, ob die Erbschaftsannahme vorliegt, kann gegeben sein:

a) namentlich für den Fall, dass der gegenwärtig zur Erbschaft Berufene der Person nach unbekannt oder ungewiss ist (§ 1960 Abs. 1 S. 2), z. B. wenn ein nasciturus[2]) oder eine

---

[1]) Dieselbe Erwägung lag offenbar dem in der II. Kommission gestellten Antrage zu Grunde, die Fassung des § 1960 Abs. 1 auf den Satz 1 zu beschränken. Die dort vorgeschlagene Fassung: „Ist die Erbschaft noch nicht angenommen“ hätte jedoch die Voraussetzungen des Satzes 2 deshalb nicht in sich geschlossen, weil die Annahme rechtlich schon erfolgt sein kann, ohne dass sie doch — infolge Unkenntnis der Person des Erbberufenen oder tatsächlicher Ungewissheit — feststeht. Prot. 7745.

[2]) Die Beteiligung eines nasciturus als Erbe war frühzeitig Gegenstand behördlicher Nachlassfürsorge. Als besondere Fürsorgemittel sah das römische Recht neben der missio in possessionem ventris nomine zum Schutze der schwangeren Mutter die cura ventris vor (Vgl. § 1 der Darst.). Es mag diese Reminiszenz an die ehedem zum Schutze der Leibesfrucht für die schwangere Mutter betätigte präventive Behördenfürsorge für die

rechtsgeschäftlich bereits errichtete, aber staatlich noch nicht genehmigte Stiftung (§§ 83, 84 B. G. B.) als Erbe in Betracht kommt, wenn eine vom Erblasser beantragte Ehelichkeitserklärung (§ 1733) oder die zum Erwerbe von Todeswegen landesgesetzlich etwa erforderliche staatliche Genehmigung (art. 86, 87 E. G. B. G. B.) noch aussteht; ferner bei Zweifeln über die Erbberechtigung — über Verwandtschaft, Testamentsgiltigkeit, Erbunwürdigkeit —, wenn fraglich ist, ob ein Berufener den Erblasser überlebt hat, und endlich immer in dem nachlassgerichtlichen Verfahren zum Zwecke der Feststellung des fiskalischen Erbrechts.

Als bekannt im Sinne des § 1960 haben die Erben zwar nicht schon dann zu gelten, wenn für ihre Erbberechtigung einige Wahrscheinlichkeit besteht (Entsch. d. O. L. G. Rostock v. 20. V. 02. Rspr. IV 420), nicht aber auch erst dann, wenn die Ermittelungen mit der für das Erbscheinsverfahren geforderten Gründlichkeit gepflogen worden sind (Entsch. d. K. G. v. 2. III. 03 Rspr. VII 132), wohl aber — da unter Umständen völlige Gewissheit über die Erbberechtigung überhaupt nicht erbracht werden kann —, wenn für diese nach Klarlegung der tatsächlichen Verhältnisse ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit gegeben ist, wenn z. B. nach eingehenden Ermittelungen keine Anhaltspunkte vorliegen, dass ausser den ermittelten noch andere Erben in Frage kommen können (Entsch. d. ob. L. G. München v. 13. VIII. 02 n. F. Bd. 3, 677).

b) Ferner bei angeblicher pro herede gestio, bei Zweifel über die Berechnung der Ausschlagungsfrist (§ 1944), über formelle oder materielle Wirksamkeit einer erfolgten Annahmeanfechtung, ferner wenn der der Person nach bekannte Erbe abwesend und unbekannten Aufenthalts ist. Eine Ungewissheit über die Erbschaftsannahme, mithin eine der Grundvoraus-

---

Stellung des § 1963 im Systeme des B. G. B. ausschlaggebend gewesen sein, obwohl diese Bestimmung ihrer Natur nach als Statuierung eines materiellrechtlichen, gegen den Nachlass sich richtenden Unterhaltsanspruchs passender ihren Platz hinter § 1969 gefunden hätte. — Mot. V. 543, 544, 1614 ff.; Prot. 7660 ff.

setzungen behördlicher Nachlassfürsorge ist endlich auch bei einem Streite mehrerer Erbschaftsprätendenten gegeben.[1])

II. Neben der Voraussetzung nicht feststehender Erbschaftsannahme erfordert § 1960 Abs. 1 das Vorhandensein eines nach freier Überzeugung des Sicherungsbeamten zu würdigenden konkreten Fürsorgebedürfnisses.

Ein Bedürfnis fürsorgenden Eingreifens zum Zwecke der Erhaltung des seines bisherigen Rechtssubjektes, seines Inhabers und Beschützers beraubten Vermögens liegt bei jedem Todesfalle nach der Natur dieses Ereignisses in höherem oder geringerem Masse vor.[2]) Nicht zwar in erster Linie aus rechtlichen Gründen: Nach dem unserem modernen Reichserbrechte zu Grunde liegenden deutschrechtlichen Prinzipe des unmittelbaren Anschlusses der Erbfolge an den Erbfall erlangt mit dem Tode eines Menschen notwendig und unmittelbar dessen Vermögen einen neuen Herrn. Nunmehr ist es Sache dieses neuen Rechtsträgers, zum Schutze des Vermögenskomplexes, in dessen Kreis er eingetreten, tätig zu werden, Sache der Erbschaftsgläubiger, ihre Rechte dem neuen Schuldner gegenüber zu wahren und geltend zu machen.

Wohl aber sind es Verhältnisse tatsächlicher Natur, Gründe in der Person des Erben, die es notwendig machen, fürsorgliches Eingreifen im Interesse der Nachlasserhaltung gesetzlich bereit zu stellen. Durch den Grundsatz des B. G. B., vermöge dessen eine Periode ruhender Erbschaft nicht anerkannt wird, ist nur eine juristische, nicht eine faktische Kontinuität der Vermögensherrschaft hergestellt. — Zwar kann der Erblasser durch letztwillige Anordnung einer Testaments-

---

[1]) Unzutreffend: Staudinger Bem. 3 b a. E. zu § 1960; L. G. Kiel Recht 02, 420. — Streit über die Erbberechtigung wurde sogar vereinzelt als besondrer Sicherungsgrund statuiert (A. B. R. I. 17. § 159 und gemeinrechtlich Roth S. 281. N. 13, 283 N. 29). Gerade die Besorgnis um „Streit und Raufereien" führte in Bayern zur oblig. Nachlassbehandlung durch Generalmandat v. 30. X. 1767.

[2]) Der Gedanke, dass jeder Todesfall ein Fürsorgebedürfnis in abstracto begründe, bildete z. T. nur die äussere Rechtfertigung der obligatorischen Nachlassbehandlung in allen Fällen.

vollstreckung dafür Sorge tragen, dass nach dem Tode sein Vermögen in sichere Verwaltung genommen wird. (§§ 2197 f. f., 2205 S. 1). Doch ist bei der Möglichkeit, dass diese Anordnung erst im Testamentsverkündungstermine bekannt wird, dass die einem Dritten oder dem Nachlassgerichte überlassene Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers sich verzögert, dieser das ihm übertragene Amt nicht oder verspätet annimmt, an der Ausübung seines Amtes behindert ist oder das in ihn gesetzte Vertrauen täuscht, auch diese letztwillig getroffene Fürsorge nur von problematischem Werte.

In Erkenntnis und Würdigung des, wenn auch nicht notwendig, so doch regelmässig vorhandenen Bedürfnisses einer Nachlassfürsorgetätigkeit hat das Reichsrecht in einer Anzahl von Sonderbestimmungen gewissen Privatpersonen die Sorge für einzelne Nachlassbestandteile oder für Erhaltung des Nachlasses im Ganzen zur persönlichen ev. privatamtlichen Pflicht gemacht. Es handelt sich dabei entweder um eine durch die Person des Erblassers begründete, über dessen Tod hinausreichende gesetzliche Vermögensfürsorgepflicht dritter, von der Person des Erben verschiedener Personen, oder um eine durch die Person des Erben begründete, erst mit dem Erbfalle einsetzende Verpflichtung gesetzlicher Erbenvertreter. Von den erstgenannten Fällen soll zunächst die Rede sein.

Ein vom Erblasser erteilter Auftrag, ein von ihm abgeschlossener, auf Geschäftsbesorgung gerichteter Dienst- oder Werkvertrag gilt bei seinem Tode jedenfalls insoweit als fortbestehnd, als bei Gefahr in Verzug der Verpflichtete die Besorgung des übertragenen Geschäftes, Dienstes oder Werkes bis zur Übernahme der Fürsorge durch den Erben bezw. dessen gesetzlichen Vertreter fortzusetzen hat (§§ 672 S. 2, 675); im Falle des Todes eines Gesellschafters sind trotz erfolgter Gesellschaftsauflösung die übrigen Gesellschafter zur einstweiligen Fortführung der Gesellschaft verpflichtet (§§ 727 Abs. 2 S. 2 B. G. B., 137 Abs. 1 S. 2, 161 Abs. 2 H. G. B.)[1]) Beim Tode

[1]) Auf Grund dieser privaten Gesellschaftsfürsorgepflicht bestimmt konsequent die bad. R. Pol. O. § 115, 2, dass die behördliche Nachlasssicherung regelmässig nicht auf das zur Gesellschaft gehörige Vermögen des Verstorbenen auszudehnen sei.

des Kindes hat der elterliche Gewalthaber in Ansehung des Kindesvermögens, beim Tode des Mündels der Vormund bezw. Pfleger in Ansehung des Mündelvermögens, beim Tode der Ehefrau der Ehemann in Ansehung des eingebrachten Gutes diejenigen Verwaltungsgeschäfte, mit deren Aufschub Gefahr verbunden ist, vorzunehmen, bis der Erbe anderweit Fürsorge treffen kann (§§ 1683, 1686, 1893 Abs. 1, 1915, 1424 Abs. 2, 1546 Abs. 3). Würden die hienach Verpflichteten diese über den Tod des Rechtssubjekts hinausreichende Vermögensfürsorge schuldhaft versäumen, so wären sie für den dadurch verursachten Schaden dem Erben haftbar. Zudem müsste gegenüber einem säumigen Vater, Vormund oder Pfleger das aufsichtsführende Vormundschaftsgericht durch geeignete Gebote, nötigenfalls mit Zwangsmitteln einschreiten (§ 1838). Sollte ein Vormund oder Pfleger nicht bestellt oder an der Erfüllung der genannten Pflicht verhindert sein, so hätte jedes Vormundschaftsgericht, in dessen Bezirke ein Fürsorgebedürfnis hervortritt, die Pflicht, selbständig die erforderlichen einstweiligen Sicherungsmassregeln zu ergreifen (§§ 1665, 1845, 1915 B. G. B., 44 G. f. G.). Die Bestimmung des § 1846 ergibt mithin im Zusammenhalte mit den zitierten §§ 1683, 1893, 1915 die allgemeine Amtspflicht der Vormundschaftsgerichte, bei jedem Todesfalle einer gewaltunterworfenen oder verpflegten Person in Ermangelung oder Behinderung des gesetzlichon Vertreters bis zur Übernahme der Fürsorge durch den Erben die erforderlichen Massnahmen zur Sicherung des Nachlasses zu treffen.[1]) — Ferner hat der Schiffer eines Handelsschiffes, der durch Überfahrtsvertrag die Beförderung eines Reisenden übernommen hat, bei dessen Tode in Ansehung des an Bord befindlichen Reiseguts des Verstorbenen das Interesse des Erben in geeigneter Weise wahrzunehmen (§ 675 H. G. B.).[2]) Der Kapitän eines zur Führung der Reichsflagge berechtigten Kauffahrteischiffes ist bei Strafe verpflichtet, beim Tode eines Schiffsmannes für Aufzeichnung, sorgfältige

---

[1]) Zum Zwecke der Erfüllung dieser Verpflichtung ist z. B. nach § 2 II. S. 2. III. der bayer. Nachlassordnung beim Tode einer kuratelbedürftigen Person dem zuständigen Vormundschaftsgerichte eine Todesanzeige zuzuleiten.

[2]) Das Gleiche gilt für den Führer eines Auswandererschiffes (Bundesrat-Bek. v. 14. III. 1898. § 70. Ziff. 11.)

Aufbewahrung sowie erforderlichenfalls für den Verkauf des an Bord befindlichen Nachlasses des Verstorbenen Sorge zu tragen (§§ 65, 114 Zffr. 10 der Seemannsordnung).

Eine Fürsorgeverpflichtung der Familien- und Hausangehörigen des Erblassers ist nach modernem Rechte nicht statuiert;[1]) sie ergibt sich vielleicht mittelbar aus der Verpflichtung dieser Personen, auf Verlangen über die Besorgung erbschaftlicher Geschäfte und den Verbleib von Nachlassgegenständen Auskunft zu erteilen (§§ 1969, 2028).

Daneben aber liegt es auf der Erbenseite, wo das Interesse an der Nachlasserhaltung am intensivsten ist, nach Eintritt des Erbfalles die erforderlichen Fürsorgemassregeln zu treffen.

Ist jedoch der Erbe aus Gründen, die in seiner Person liegen (Minderjährigkeit, Entmündigung, Gebrechlichkeit, Abwesenheit) zur Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten ausser Stande, so hat sich die seinem gesetzlichen Vertreter obliegende Vermögensfürsorge auch auf die neu angefallene Erbschaft zu erstrecken (§§ 1627, 1793, 1915). Versäumt der Vertreter seine Pflicht in dieser Hinsicht, gebricht es dem Erben an einer bereiten Vertretung, oder ist der Vertreter an der Erfüllung seiner Pflicht verhindert, so ist es Sache des Vormundschaftsgerichts, durch Ausübung seines Aufsichts- und Zwangsrechtes gegenüber dem Vertreter bezw. durch Neubestellung eines Vormunds oder Pflegers oder durch selbsttätiges Eingreifen (§§ 1846, 1915) im Interesse des Mündels-Erben die erforderlichen Massregeln zur Vermögenserhaltung zu ergreifen.[2])

Im übrigen aber steht es beim Erben allein, für die Nachlasserhaltung zu sorgen, schon um sich über Annahme oder Ausschlagung schlüssig zu werden, um sich für den Fall der Annahme nichts entgehen zu lassen. Durch die Fürsorgetätigkeit

---

[1]) Vgl. dagegen die „Freund- und Notsperre“ des österr. Rechts, ferner Cod. Max. Bav. 7. 43 art. 1, Kempt. L. O. art. 92. 5, Roth 284. N. 31.

[2]) Daher ist z. B. nach § 2. II. S. 1, III. der bayer. Nachl. O. in allen Fällen, in denen als Erben kuratelbedürftige Personen in Frage stehen, der zust. Vormundschaftsbehörde eine Todesanzeige zuzuleiten. Reichsgesetzlich ist eine Anzeigepflicht gegenüber dem Vorm.-Gericht für bes. Fälle durch § 48 G. f. G. statuiert.

des provisorischen Erben wird regelmässig zugleich das an der Nachlasserhaltung bestehende Interesse der Nachberufenen sowie der Nachlassgläubiger in genügender Weise gewahrt.[1]) Jedoch besteht für den Berufenen (nach dem zwar nirgends ausgesprochenen aber doch dem B. G. B. zweifellos zu Grunde liegenden Gedanken) keine Verpflichtung zu fürsorgender Nachlasspflege. Er kann sich jeder Tätigkeit in Ansehung des Nachlasses enthalten, ohne wegen solcher Unterlassung — sei es, dass sie ihren Grund in Unentschlossenheit oder Mangel an gutem Willen des Berufenen oder darin hat, dass dieser eine Haftung seiner Person oder die Schlussfolgerung stillschweigender Annahme vermeiden will, — dem Definitiverben oder den Nachlassgläubigern gegenüber haftbar zu werden.[2]) Dagegen verpflichtet ihn jede Einmischung in den Nachlass zu ordnungsmässiger, durch die Rücksicht auf das Interesse des Definitiverben und der Nachlassgläubiger sich bestimmender Geschäftsbesorgung. Hiefür haftet er für den Fall der Ausschlagung dem Definitiverben, allerdings nur diesem, nicht auch den Nachlassgläubigern, wie ein negotiorum gestor (§ 1959). Diese Haftung bietet freilich bei der Möglichkeit der Zahlungsunfähigkeit des Berufenen, bei der Schwierigkeit des Nachweises ev. heimlicher Veräusserung oder Aneignung von Vermögensstücken unter Umständen den Beteiligten keinen genügenden Schutz.

Die Summe der vorstehend angestellten Erwägungen ergibt, dass unter den Voraussetzungen des § 1960 zur Abhilfe gegen ein vorhandenes Sicherungsbedürfnis die Fürsorgetätigkeit der Nachlassbehörde vielfach erst in dritter oder zweiter, nur ausnahmsweise in erster Linie notwendig wird. Primär nämlich nur dann, wenn in Ermangelung fürsorgepflichtiger

---

[1]) Zur Sorge für den Nachlass ist jeder Erbe (vgl. auch § 2038 Abs. 1 S. 1, S. 2, Hlbs. 2) sofort nach Eintritt des Erbfalles auf Grund des ipso jure auf ihn übergegangenen Rechtes und Besitzes berechtigt, trotz aber auch unbeschadet des Rechtes der im Hausstande des Erblassers unterhaltenen Familienangehörigen auf den Dreissigsten (§ 1969).

[2]) Vgl. Planck Bem. 2 zu § 1959, Binder I S. 178, 179. Jedoch kann der Erbberufene für die Unterlassung der Fürsorge, wenn er annimmt und Nachlassverwaltung oder Nachlasskonkurs eintritt, von den Gläubigern zur Verantwortung gezogen werden § 1978.

Dritter ein Erbberufener nicht bekannt ist; subsidiär, wenn fürsorgepflichtige Dritte nicht vorhanden sind,[1]) oder wenn solche Dritte, die einer Aufsicht der Vormundschaftsbehörde nicht unterstehen, ihrer Fürsorgepflicht nicht genügen und ein bekannter nicht vertretungsbedürftiger Erbberufener für die Nachlasserhaltung nicht oder in unzuverlässiger Weise Sorge trägt; subsidiarissime, wenn seitens der zur Überwachung und Ergänzung privatamtlicher Fürsorgepflicht berufenen Vormundschaftsbehörde die erforderlichen Massnahmen im Interesse der Nachlasserhaltung nicht getroffen werden.

Hieraus folgt als Grundsatz in Ansehung der staatlichen Mitwirkung an der Nachlassfürsorge: In erster Linie private Fürsorgetätigkeit und nur wenn und soweit diese versagt, behördliches Eingreifen; bei Beteiligung vertretungsbedürftiger Privatpersonen Einmischung der Nachlassbehörde nur in Ermangelung vormundschaftsgerichtlicher Vorkehrungen.

In der Würdigung des Bedürfnisses ist das freie Ermessen der Behörde durch gesetzliche Regeln nicht beschränkt; auch hat sich das Gesetz jeder Anführung von Beispielsfällen enthalten.

Frühere Rechte, und zwar selbst solche, welche auf dem Boden der amtlichen Nachlassbehandlung standen, schlossen behördliche Nachlasssicherung aus, wenn beim Tode des Erblassers ein überlebender Ehemann bezw. Ehegatte oder grossjährige gesetzliche, nicht als Noterben in Betracht kommende Erben anwesend waren.[2]) Noch § 2058 des Entw. I verneinte das Be-

---

[1]) Schon der Vorschlag Ungers ging dahin, nachlassbehördliche Fürsorge nur dann eintreten zu lassen, wenn der fürsorgebedürftige Erbe nicht bevormundet ist: „den Nachlass bloss deswegen, weil der Erbe handlungsunfähig ist, von Amtswegen zu versiegeln, ist gar kein triftiger Grund vorhanden. Die Verschleppung des Nachlasses mag der Vormund durch eigene Tätigkeit verhüten; meint man aber durch amtliche Versiegelung den Nachlass vor dem Vormunde selbst schützen zu müssen, so läge hierin ein Misstrauensvotum, welches sich gewiss kein ehrliebender Vormund, am wenigsten der Vater als Vormund seiner Kinder gefallen lassen kann.“ Unger V. A. S. 205, 206; Merkel, Notariat und willkürliche Gerichtsb. (1846) §§ 36 f., 131.

[2]) Cod. Max. Bav. III. 1. § 17. N. 9. A. L. R. I. 9. § 462 f. II. 18. § 371. Württ. Not. G. v. 14. VI. 1843. art. 44.

dürfnis bei angeordneter Testamentsvollstreckung. Dieser Satz wurde jedoch auf einen aus dem Schosse der II. Kommission dahin gestellten Antrag mit Rücksicht darauf gestrichen, dass er „ein Missverständnis nahelege, als sei die gerichtliche Fürsorge ausgeschlossen, wenn ein Vollstrecker ernannt, aber behindert ist oder sich über die Annahme des Amtes noch nicht erklärt hat“.[1]) Trotzdem finden sich in landesgesetzlichen Ausführungsvorschriften der neuesten Zeit Bestimmungen, nach denen bei Vorhandensein eines Testamentsvollstreckers, ferner bei Beteiligung eines überlebenden Ehegatten oder gemeinschaftlicher Abkömmlinge als Erbberufener von einer Sicherung des Nachlasses durch die Behörde abzusehen sei, weil ein Bedürfnis hier nicht vorliege.[2]) Derartige Einschränkungen amtlicher Bedürfniswürdigung bestehen nach gegenwärtigem Reichsrechte nicht mehr und können für den Sicherungsbeamten selbst dann nicht bestimmend sein, wenn sie durch partikuläre Anweisungen statuiert sind. Denn die Materie bezüglich der Voraussetzungen amtlicher Nachlassfürsorge ist im B. G. B. erschöpfend geregelt, so dass durch landesgesetzliche Ausführungsbestimmungen auf Grund des art. 140 E. G. B. G. B. zwar weitere, nicht aber engere Bedingungen gesetzt werden können. Wird durch die Tätigkeit anwesender Angehöriger bezw. eines Testamentsvollstreckers[3]) in genügender und zuverlässiger Weise

---

[1]) Prot. 7746, Fischer-Henle Bem. 10 zu § 1960. — Nach Cod. Max. Bav III. 1. § 18. N. 9 war die Ernennung eines Testamentsexekutors besonderer Grund amtlicher Inventarerrichtung.

[2]) § 4. II. S. 1. der bayer. Nachl. O., ebenso Planck Bem 2 b. a. E., Binder I. S. 180.

[3]) Der in § 2058 des Entw. I eingenommene Standpunkt, wonach bei Vorhandensein eines Testamentsvollstreckers diesem stets die Nachlassfürsorge zu überlassen sei, verträgt sich schlecht mit den zur Begründung des § 2059 gegebenen Ausführungen der Mot. V. 547, 548: es sei bedenklich, für alle Fälle den Testamentsvollstrecker mit der Funktion eines Nachlasspflegers zu betrauen, da ersterer sehr wohl eine Person sein könne, die sich zu dieser Funktion nicht eignet; auch könne es unter Umständen gerade Aufgabe des Nachlasspflegers sein, den Testamentsvollstrecker zu überwachen oder doch ihm gegenüber das Interesse eines unbekannten Erben zu wahren. Unzutreffend deshalb auch Frommhold Bem. 1 a. E. zu § 2205: es sei zwar bis zum Beginne der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers eine

dem Fürsorgebedürfnisse abgeholfen, so wird und darf die Behörde zu amtlichem Eingreifen keinen Anlass nehmen. Dass aber das Vorhandensein eines selbst zur Nachlassverwaltung berufenen Testamentsvollstreckers an sich die Erhaltung des Nachlasses möglicherweise nicht gewährleistet, wurde bereits dargetan.[1])

Binder (I S. 179, 180) hält es für notwendig, die in der neuesten Literatur m. W. nirgends und vorher nur vereinzelt vertretene[2]) Ansicht zu widerlegen, die Bedürfnisfrage sei nur im Falle des § 1960 Abs. 1 Satz 1, d. h. bei Gewissheit nicht erfolgter Annahme, nicht aber auch in den Fällen des § 1960 Abs. 1 Satz 2 zu prüfen. Für diese Ansicht spricht nicht einmal, wie *Binder* meint, die Fassung des Gesetzes. Untersucht man nämlich den Bau des ersten Satzes, so zerlegt sich dieser ebenso wie Satz 2 in zwei Teile: In die aus dem temporalen Nebensatze: „Solange die Annahme noch nicht erfolgt ist" zusammengezogenen Worte „Bis zur Annahme", denen der konditionale Nebensatz: „wenn .... unbekannt oder ungewiss ist" des dem Satze 1 vollkommen conform gebildeten Satzes 2 entspricht[3]); ferner in den Hauptsatz: „Das Nachlassgericht hat zu sorgen", dem seinerseits als einschränkender Untersatz die Worte: „soweit ein Bedürfnis besteht" hinzugefügt sind. Der Hauptsatz des § 1960 Abs. 1 Satz 2 kann sich aber

---

gerichtliche Nachlassfürsorge nicht unbedingt ausgeschlossen, neben der Verwaltung des Testamentsvollstreckers aber sei sie unstatthaft. — Zutreffend Goldmann-Lilienthal B. G. B. S. 383, Fischer-Henle Bem. 10 zu § 1960, Dernburg § 129. N. 1.

[1]) Selbst nach Eröffnung eines Nachlasskonkurses kann unter den Voraussetzungen des § 1960 behördliche Nachlassfürsorge namentlich durch Anordnung einer Nachlasspflegschaft getroffen werden. Staudinger Bem. 4 b zu § 1960; Entsch. i. A. d. freiw. Ger. III. 179, Rspr. V. 436: „Die Beseitigung eines hiernach bestellten Nachlasspflegers, des Vertreters des unbekannten oder ungewissen Gemeinschuldner-Erben, zu verlangen, ist der Konkursverwalter ebensowenig berechtigt, wie er die Beseitigung des der Person nach bekannten Definitiverben verlangen kann".

[2]) Vgl. Staudinger, Kom. z. E. G. B. G. B. 1. Aufl. Bem. 2 zu art. 140, Entsch. d. K. G. Berlin v. 10. VI. 01. (Entsch. in Angel. d. freiw. Ger. II. 121).

[3]) Vgl. die erst in der Redaktionskommission abgeänderte Fassung des § 1837., Abs. 1 des Entw. II „Ist die Erbschaft noch nicht angenommen" bezw. „solange die Erbschaft noch nicht angenommen ist".

infolge der Fassung: „Das Gleiche gilt“ bei der durchaus conformen Konstruktion der beiden Sätze nur auf den gesamten Hauptsatz des S. 1 beziehen und erstreckt sich somit auch auf den einschränkenden Untersatz: „soweit ein Bedürfnis besteht“. — Zutreffend, doch unklar im Ausdrucke ist dagegen *Binder*s sachliche Widerlegung der bekämpften Ansicht: Nach letzterer wäre nämlich in den Fällen, in denen die Annahme lediglich ungewiss ist, stets, selbst ohne spez. Bedürfnis amtlicher Eingriff geboten, – obwohl gerade meist hier infolge ordnungsmässiger Fürsorgetätigkeit des provisorischen, zur Annahme noch nicht entschlossenen Berufenen geringere Veranlassung zum Einschreiten verliegt, — während bei Gewissheit nicht erfolgter Annahme, — obwohl hier private Fürsorge regelmässig mangelt, — die Frage, ob ein Bedürfnis gegeben ist, durch die Behörde stets noch besonders geprüft werden muss.

B. Auf Grund spez. Ersuchens der kgl. Staatregierung von Württemberg, wo, wie bereits erwähnt, durch einstimmige Resolution der Abgeordnetenkammer wiederholt der Wunsch nach Erhaltung der bestehenden amtlichen Nachlasssiegelung und -Inventur zum Ausdrucke gekommen war, denen man nachrühmte, dass sie „zur vollkommensten Zufriedenheit aller Beteiligten funktionierten, die letzteren nicht belästigten, geringe Kosten verursachten, die Meinungsverschiedenheiten der Beteiligten in einfacher und sicherer Weise beseitigten und Rechtsstreitigkeiten in ausreichendem Masse vorbeugten“, wurde zu Gunsten der Landesgesetzgebung der seinen Grundzügen nach schon von der ersten Kommission aufgenommene Vorbehalt des Artikel 140 E. G. B. G. B. geschaffen „in der Erwägung, dass er sich nicht um eine Abweichung in Ansehung des materiellen Privatrechts, sondern nur um ein vermehrtes Tätigwerden der Behörden handelt.“ [1]) Die Richtigkeit dieser Erwägung soll unten geprüft werden. In Wahrheit bedeutet der Vorbehalt für die Landesgesetzgebung die Ermächtigung zur Einführung bezw. Wiedereinführung der — wenn auch nach der Absicht des Reichsrechts nach Zeit und Zweck auf die Nachlassverzeichnung beschränkten — vom B. G. B. grundsätzlich abgelehnten amtlichen

[1]) Vgl. Mot. z. E. G. S. 230 f. Prot. VI. 452.

Nachlassbehandlung in allen Fällen. Auf Grund dieses art. 140 kann das Landesrecht seine Nachlassbehörden zu amtlichem Eingreifen für zuständig erklären selbst für solche Fälle, in denen die Erbschaftsannahme bereits feststeht, in denen jegliches Bedürfnis fehlt oder bereits entfallen ist.

Art. 140 enthält ein Doppeltes: Die Landesgesetzgebung kann bestimmen, dass unter gewissen — über § 1960 hinausgehenden — Voraussetzungen oder stets der zuständigen Behörde gestattet („kann") oder instruktionell — nicht zwingend — geboten ist („soll" nicht „hat")

a) die Inventur, oder

b) bis zur Iventarerrichtung die erforderlichen Sicherungsmassregeln von Amtswegen anzuordnen.

Von diesem Vorbehalte haben Württemberg nach der einen, Baden, Hessen, Sachsen-Altenburg und Sachsen-Weimar nach beiden Richtungen hin Gebrauch gemacht, während Preussen durch art. 79 A. G. B. G. B. ausdrücklich alle seine diesbezüglichen bisherigen Vorschriften ausser Kraft setzte.

Soweit es zur Feststellung des Nachlassbestandes im Auseinandersetzungsverfahren erforderlich ist, „muss" in in Württemberg und „kann" in Baden, Hessen, Sachsen-Altenburg und Sachsen-Weimar die amtliche Aufnahme eines Nachlassverzeichnisses angeordnet werden; ausserdem kann dies in Württemberg geschehen, wenn bei Vorhandensein mehrerer Erben Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Ermittelung des Nachlasses vereitelt oder wesentlich erschwert und hiedurch die künftige Auseinandersetzung unter den Miterben beeinträchtigt werde. — Bei Beteiligung kuratelbedürftiger Personen (abwesender Volljähriger, nicht unter elterlicher Gewalt stehender Geschäftsunfähiger oder Geschäftsbeschränkter) als Erben „müssen" in Baden, „sollen" in S.-Alt. und S.-Weimar und „können" in Hessen von Amtswegen die Inventur sowie bis zu deren Vollendung die erforderlichen Sicherungsmassnahmen getroffen werden, es sei denn, dass nach dem Ermessen der Behörde wegen der obwaltenden Verhältnisse die Verzeichnung

ohne Schaden für die bezeichneten Beteiligten unterbleiben kann.[1])

Wie man sieht, haben Württemberg, Baden und S.-Weimar, obwohl der Vorbehalt des art. 140 nur ermächtigende („kann") oder — nach den erst in der II. Kommission hinzugefügten Worten: „oder soll" — nur instruktionelle Bestimmungen gestattet, auch hier „Muss"vorschriften aufgestellt. Hiedurch sind dem freien Ermessen der Sicherungsbehörde vom Reichsrechte nicht gewollte, m. E. unzulässige und für den Sicherungskeamten nicht bindende Grenzen gezogen werden.

Aus der Beschränkung der durch art. 140 gestatteten Sicherungsmassregeln auf die Zwecke der Nachlassverzeichnung und aus der Nichterwähnung der Nachlasspflegschaft wird vielfach geschlossen, dass auf Grund dieses Vorbehalts des art. 140 in den genannten Bundesstaaten bei jenen Fällen erweiterter Fürsorgezuständigkeit die Bestellung eines Nachlasspflegers nicht angängig sei.[2]) Bei der Möglichkeit der Beschränkung des Wirkungskreises eines Nachlasspflegers auf die Zwecke der Inventarerrichtung (vgl. § 5 D der Darst.) besteht jedoch m. E. für die Sicherungsbehörden der angeführten Bundesgebiete auch unter den auf Grund des art. 140 über § 1960 hinausgreifenden Voraussetzungen kein Hindernis, die Pflegerbestellung anzuordnen.

C. Der Vorbehalt des art. 140 ist nicht bestimmt und nicht erforderlich zur Stütze derjenigen landesgesetzlichen Vorschriften, welche beim Tode des Trägers eines öffentlichen Amtes[3]) die

---

[1]) Vgl. art. 88, 89. Württ. A. G. B. G. B.; 46, 47, 2 Bad. R. Pol. G.; 46, 47 Hess. A. G. G. f. G., § 140. S. Alt; 237, 239. S. Weim. A. G. B. G. B.; am weitesten geht § 237 d. S. Weim. A. G. B. G. B.: bei Beteiligung kuratelbedürftiger Erben hat der Gemeindevorstand ausserhalb des Amtsgerichtssitzes stets für vorläufige Nachlasssicherung zu sorgen, soferne sich nicht der Nachlass unter Obhut zuverlässiger geschäftsfähiger Personen befindet.

[2]) Vgl. Planck Bem. 4, Staudinger Bem. 2 a zu § 1960, Weissler S. 104.

[3]) D. h. eines aktiven Beamten eines Bundesstaates, einer (Kreis-, Distrikts- oder Orts-) Gemeinde, einer öffentlichen (staatlichen, gemeindlichen oder Kirchen-) Stiftung. Vgl. aber auch Reichsbeamtengesetz v. 31. III. 1873 § 20 und R. G. betr. die Angelegenheiten der freiw. Ger. in Heer und Marine v. 28. V. 01. § 7.

zugehörige bezw. vorgesetzte Dienststelle berechtigen und verpflichten, ohne Rücksicht auf besondere Voraussetzungen unbeschadet der Zuständigkeit der Nachlassbehörde von Amtswegen zur Sicherung amtlicher Gegenstände[1]) die erforderlichen Vorkehrungen[2]) zu treffen; denn es handelt sich hiebei lediglich um die Scheidung verwahrter amtlicher Gegenstände vom Nachlasse im öffentlichen, dienstlichen Interesse. Trotz ihres rein öffentlich-rechtlichen Charakters wurden diese Vorschriften in der Mehrzahl der Partikularrechte in die Zivilgesetze aufgenommen.[3]) Die einschlägigen Bestimmungen der einzelnen Landesgesetze unterscheiden sich dabei in der Weise, dass die von der Dienstbehörde vorzukehrenden Sicherungsmassnahmen entweder auf die im Nachlasse befindlichen amtlichen Gegenstände sich zu beschränken, oder auf den gesamten Beamtennachlass sich zu erstrecken haben.[4]) Nur letzterenfalls liegt neben der Wahrnehmung des öffentlichen Interesses zugleich eine Einflussnahme auf die Privatrechtssphäre der Beteiligten vor. — Tritt eine kumulative Zuständigkeitskonkurrenz dadurch hervor, dass die ordentliche Nachlassbehörde auf Grund des

---

[1]) Namentlich Gelder, Schriftstücke, Ordensdekorationen und Sachen, deren Herausgabe sonst auf Grund des Dienstverhältnisses verlangt werden kann.

[2]) Nach einigen früheren Rechten war in diesem Falle nur die Versiegelung gestattet: Vgl. Code de procedure 911, Ziffer 3. Cab.-Order v. 14. VII. 1843, A. G. O. II, 5 §§ 6, 31, 39; Anh. §§ 433, 436. — Nunmehr ist der Dienstbehörde durchweg auch jede andere sachgemässe Sicherungsmassnahme gestattet.

[3]) Vgl. Anhalt. A. G. G. f. G. § 18, 81; Bad. R. P. O. 110—112; Bayer. A. G. B. G. B. 106; N. O. 26; kgl. V. v. 7. XII. 1899, II. Verf. Beil. § 68; Braunschw. A. G. G. f. G. 12; Els.-Lothr. A. G. G. f. G. 29; Hess. A. G. B. G. B. 129; Lipp. A. G. G. f. G. 20; Meckl.-Schw. (Strel.) A. G. G. f. G. 59, (57); Preuss. G. f. G. 20, 102; Sachs.-Alt. A. G. G. f. G. 32; Schaumb.-Lipp. A. G. G. f. G. 22; Schwarzb.-Rud (Sond.) A. G. G. f. G. 22, (20); Wald. A. G. G. f. G. 20. — Dagegen haben den rein öffentlichen Charakter dieser Normen richtig erkannt: Bremen Ges. betr. die Rechtsverh. der Beamten v. 1. I. 94. § 13; Sachsen-Mein. (Beamt. Ges. v. 11. III. 98 art. 13).

[4]) Vgl. für den letztgenannten Fall die frühere bayer. Verordnung v. 2. IX. 1811, Not. Ges. von 1860 art. 100, Code de procedure 911; 178 A. G. C. P. O. v. 23. II. 79 und Ges. v. 11. IX. 1825 art. 1. — Oldenb. A. G. B. G. B. art. 57, Reuss ä. L. A. G. B. G. B. art. 20, Reuss j. L. A. G. B. G. B. art. 27.

§ 1960, die Dienstbehörde auf Grund des Landesgesetzes eingreift, so ist jede Behörde insoweit berechtigt und verpflichtet, als die andere nicht in Funktion tritt.[1])

D. Die im Vorstehenden angestellte Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen ermöglicht eine sichere Erkenntnis und Abgrenzung der vom Gesetze erstrebten Zwecke der Nachlasssicherung.

Die in § 1960 bereitgestellte Behördenfürsorge ist ein Ausfluss der Auffassung des Staates von seinem Berufe zur Mitwirkung an der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung und bezweckt hier im Speziellen: Schutz des durch den Erbfall seines bisherigen Subjektes beraubten Vermögens gegen Verdunkelung, Verschleppung, Entwendung im Interesse der Gesamtheit der Nachlassbeteiligten.[2]) Diese Zweckbestimmung bildet die Grundlage der richterlichen Bedürfniswürdigung, die Richtschnur für Umfang und Massnahme der in concreto zu betätigenden Nachlasssicherung. Sicherungsursache sind regelmässig tatsächliche Umstände in Verbindung mit dem durch die Ausschlagungsbefugnis des Erben (§ 1942 f. f.) gegebenen schwankenden Rechtszustande.[3])

Der innere Zweck der Nachlasssicherung ist nicht etwa ein rein sachlicher Schutz des Nachlasses, sondern stets der Schutz persönlicher Interessen. Es ist daher ein schiefer, den wahren Sicherungszweck verkennender Ausdruck: Der Zweck der Sicherung erschöpfe sich in der Wahrung der Interessen des Nachlasses als solchen.[4]) Gegen diese, vielleicht von dem

---

[1]) Haberstumpf zu § 26 der bayr. N. O.

[2]) Im letzten Grunde mag für den Gesetzgeber auch eine Pietätserwägung im Interesse des Erblassers massgebend gewesen sein: der durch die Willensmacht des bisherigen Rechtsträgers zusammenbehaltene Vermögenskomplex soll auch über den Tod hinaus rechtlichen Schutz erfahren; der Erblasser soll nichts an seiner ökonomischen Ehre verlieren

[3]) Die nach modernem Rechte jedem Erben — abgesehen allein vom Fiskus als gesetzlichen Erben § 1942 — gegebene Ausschlagungsmöglichkeit bedingt eine dem Interregnum der hereditas jacens immerhin nicht unähnliche, den Keim von Rechtsstörungen in sich schliessende innere Unfertigkeit der Rechtszustände. (Endemann III. S. 351).

[4]) Staudinger Bem. 3 b zu § 1960, Entsch. d. K. G. v. 22. III. 03 (26 B. S. 11) Mot. V. 547.

Gedanken an die römische cura bonorum beeinflusste Auffassung gilt, was *Binder* gelegentlich der Bekämpfung der die Nachlasspflegschaft als Güterpflege konstruierenden Lehre *Hellwigs* betont: Jedes Vermögen ist um der Person willen vorhanden und als Herrschaftsgebiet der Person allein Vermögen; auch die cura hereditatis jacentis, die cura bonorum absentis dienten im Grunde persönlichen Interessen. Dieser Interessenschutz tritt allerdings äusserlich durch die dem Vermögen gewidmete Behördenfürsorge in die Erscheinung.

Der Zweck der in § 1960 vorgesehenen Nachlasssicherung ist zweifellos vornehmlich: Obrigkeitlicher Schutz der Interessen des Erben. Nicht zwar in erster Linie derer des bekannten gegenwärtig zur Erbschaft Berufenen, der demnächst durch Annahme bezw. Versäumung der Ausschlagungsfrist endgiltig Erbe bleibt. Denn ist dieser fähig, für den Nachlass die notwendigen Erhaltungsmassregeln zu treffen, so mag er es selbst tun; ist er aber hiezu ausser Stande, so wird es zunächst Pflicht des zur Wahrnehmung seiner Rechte rechtsgeschäftlich oder gesetzlich bestellten Vertreters, die erforderliche Fürsorgetätigkeit zu entfalten. Immerhin hat aber auch der fürsorgefähige gegenwärtig Berufene möglicherweise, je nach Vermögenslage des Nachlasses, ein sehr erhebliches Interesse an der Übernahme der Nachlassfürsorge durch die Behörde. Greift er nämlich selbst fürsorgend auf den Nachlass, so läuft er Gefahr, dass ihm dies — wiewohl Akte unaufschiebbarer Fürsorge grundsätzlich nicht als Annahme gelten — als pro herede gestio gedeutet und er als Lohn für seine Bemühungen um den Nachlass den Verlust seines Ausschlagungsrechtes davonträgt.

Vor allem aber liegt der behördliche Schutz im Interesse desjenigen, der gegenwärtig noch nicht berufen ist, sondern erst nach Wegfall Vorberufener (infolge Ausschlagung, Erbunwürdigkeit) zur Erbschaft gelangt und definitiver Erbe wird. Das B. G. B. hat nämlich für die Dauer des bis zur Annahme währenden Schwebezustandes der durch den Wegfall Vorberufener bedingten Anwartschaft der Nachberufenen jeden materiellen Rechtsschutz bewusstermassen versagt. Verharrt der provisorische Erbe in vollkommener Untätigkeit, ohne die Ausschlagung zu erklären, oder verfährt er in einer Weise mit dem Nachlasse,

die dessen Bestand zu schmälern geeignet ist, so stehen dem Anwärter keine Rechtsbehelfe zu Gebote, der Verminderung des möglicherweise einst an ihn selbst fallenden Erbvermögens Einhalt zu tun.[1]) Noch Entwurf I versagte in diesem Falle auch jeglichen Schutz durch behördliche Fürsorge[2]) und rechtfertigte diesen Standpunkt damit, dass, solange der vorher Berufene nicht weggefallen sei, der spätere Erbe überhaupt eine besonders gefestigte Position nicht habe, denn ob er ein Recht erlange, hänge meist von der Entschliessung des früher Berufenen ab; jener müsse es daher hinnehmen, wenn der früher Berufene die Wahrung der Interessen des Nachlasses, zu welcher er nicht verpflichtet sei, versäumt habe.[3]) Erst die II. Kommission erkannte die Notwendigkeit der Bereitstellung eines Behördenschutzes für denjenigen, welcher nach Wegfall Vorberufener zur Erbschaft gelangt und definitiver Erbe wird.[4]) Dass die

---

[1]) Dem späteren Definitiverben stehen allerdings gegenüber den Vorberufenen die Ansprüche aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag zu. Aber eine solche Klage ist weitaussehend und von zweifelhaftem Erfolge. Vgl. Eck, Die Stellung des Erben... (1890) S. 5.

[2]) Aus der in § 2059 des Entw. I zum Ausdrucke gebrachten Ablehnung der Nachlasspflegschaft für den Fall, dass der Erbberufene bekannt ist, ist zu schliessen, dass nach der Absicht der ersten Kommission die Nachlasspflegschaft ein Institut lediglich im Interesse des Erstberufenen sein sollte (Mot. V 544); jedoch hatte schon Entw. I diesen Standpunkt durch § 2066 insoferne verlassen, als auch dann, wenn der Erbberufene bekannt geworden ist, die einmal angeordnete Nachlasspflegschaft nicht vor erfolgter Annahme endigen sollte (Mot. V 554). Entw. I setzte voraus, dass der Erstberufene normaler Weise, ohne allerdings hiezu verpflichtet zu sein, im eigenen Interesse für den Nachlass sorgen und dadurch auch das Interesse des Nachberufenen genügend wahren werde. Vgl. Binder a. a. O.

[3]) Dieser Rechtszustand forderte die Kritik heraus. Sie verlangte eine Restriktion dieses ins Ungemessene erweiterten Verwaltungsrechtes des prov. Erben oder völligen Entzug der ihm gewährten Freiheit des Schaltens und Waltens über möglicherweise fremdes Gut. Vgl. Eck a. a. O. S. 6, von Probst a. a. O. (Arch. f. c. P. 75 S. 5). Radikaler war der Vorschlag, wenigstens den pflichtteilsberechtigten Erben das Recht der Ausschlagung zu versagen. Baron, Das Erbrecht in dem Entw. eines B. G. B., Arch. f. c. Pr. Bd. 75 S. 249, 250.

[4]) Prot. 7746: Die Fürsorge soll im Interesse des später ev. Berufenen auch auf den Fall ausgedehnt werden, dass der zunächst Berufene bekannt und an der Fürsorge für den Nachlass nicht behindert ist, sich desselben aber nicht annimmt.

hienach in dem (mit § 1837 des Entw. II. sachlich vollkommen übereinstimmenden) § 1960 des B. G. B. vorgesehene Sicherungstätigkeit vornehmlich den berechtigten Interessen dieses Definitiverben zu dienen bestimmt ist, ergeben nicht nur die hier normierten Voraussetzungen des amtlichen Eingreifens, sondern auch die gegenwärtige Fassung des Gesetzes. Es ist nämlich der übereinstimmenden Auffassung *Hellwig*s und *Binder*s zuzustimmen, dass der Gesetzgeber selbst durch die allerdings zunächst nur auf die Nachlasspflegschaft bezogenen Worte des § 1960 Abs. 2 a. E.: „für denjenigen, welcher Erbe wird" das Interesse, welches durch § 1960 gewahrt werden soll, zu besonders deutlichem Ausdrucke gebracht hat. Dass die behördliche Fürsorgetätigkeit auch einem gegenwärtig Berufenen zu gute kommt, wenn dieser Erbe bleibt, ist sein vom Gesetze in erster Linie nicht beabsichtigter Vorteil.[1])

Die Behördentätigkeit des § 1960 bezweckt aber nicht nur die Wahrung der Erbeninteressen, sie ist vielmehr auch geeignet und bestimmt zum Schutze aller derjenigen Personen, denen gegen den Erben als solchen Ansprüche durch Rechtsgeschäft oder Gesetz erwachsen sind, d. h. zum Schutze der Nachlassgläubiger.[2]) Mit Recht gibt daher § 4 Abs. 1 S. 3 der bayer. Nachlassordnung dem Nachlassgerichte die Anweisung, die Bedürfnisfrage im Falle des § 1960 nicht nur mit Rücksicht auf den Erben, sondern auch mit Rücksicht auf die Nachlass-

[1]) Hellwig, Die Vertr. auf Leistung an Dritte (1899) S. 244 N. 473, Binder I 194.

[2]) Ebenso Planck Bem 2 b, 3 b a. a. E. zu § 1960; Fischer-Henle Bem. 1 zu Art. 140 E. G. B. G. B., Roth VI. S. 122. Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich auch aus einer Gegenüberstellung der §§ 2058, 2059 des Entw. I und des § 1960 B. G. B. Gegen die von Entw. I auf die Fälle der Unbekanntheit und Fürsorgeunfähigkeit des Berufenen vorgesehene Beschränkung der Behördenfürsorge wendete sich die Kritik unter der besonderen Hervorhebung, dass bei diesem Standpunkte des Gesetzes die Nachlassgläubiger nicht hinreichend gegen gefahrbringende Verfügungen des prov. Erben geschützt seien; die Bestimmungen des Entwurfes zählten zu sehr auf die Ehrlichkeit des Menschen und führten ohne Not den Erben in Versuchung. (Vgl. Zusammenstellung der gutachtlichen Äusserungen V 155 ff., von Probst a. a. O S 2 f, Eck a a. O. S. 5 ff.) Bereits die zweite Kommission hat sodann die gegenwärtige Erweiterung der Fürsorgefälle eintreten lassen.

gläubiger zu prüfen. — Anderer Meinung sind *Binder* I S. 194, dieser mit der Begründung, das Interesse der Nachlassgläubiger sei durch die Vorschrift über die Haftung des Erben für Nachlassverbindlichkeiten hinreichend geschützt, ferner *Staudinger* Bem. 3 b zu § 1960, welcher behauptet, das Interesse eines Nachlassgläubiges sei belanglos, soweit nicht der Fall des § 1961 in Frage komme. Ebenso entschied das K. G. Berlin am 4. III. 01: bei einer Nachlassangelegenheit gemäss § 1960 komme lediglich das Interesse des Nachlasses, nicht aber auch dasjenige der bei der Angelegenheit beteiligten anderen Kontrahenten, d. h. der nur als Gläubiger beteiligten Dritten in Betracht.[1])

Das Unzutreffende, ev. Unbillige dieser Ansichten ergibt sich ohne weiteres aus einer Prüfung der Lage, in der sich die Nachlassgläubiger vor erfolgter Erbschaftsannahme unter Umständen befinden. Diese sind in ihrer Sicherheit durch den Todesfall möglicherweise schon dadurch nachteilig berührt, dass sie denjenigen als Schuldner verlieren, dem sie — vielleicht nur im Vertrauen auf seine persönlichen Eigenschaften — kreditierten und haben jedenfalls ein natürliches Vorzugsrecht in Ansehung des Nachlasses vor denjenigen, welche ihren Anspruch erst auf erbrechtlichen Titel gründen.[2]) Welche Rechtsmittel stehen nun aber einem Nachlassgläubiger für die Dauer jenes rechtlichen Schwebezustandes zu Gebote, um einer Verminderung des Nachlassbestandes entgegenzuwirken? Gelingt dem Gläubiger nicht der Nachweis der Nachlassüberschuldung (§ 217 Abs. 2, 216 K. O), so verbleibt ihm, da eine Geltendmachung seines Anspruches gegen den Erben gemäss §§ 1958 B. G. B., 239 Abs. 5 C. R. O. ausgeschlossen ist und auch eine dem Erben etwa bestimmte Inventarfrist nicht vor der Annahme zu laufen beginnt (§ 1995 Abs. 2), abgesehen von dem Antrage auf Bestellung eines Nachlasspflegers nach § 1961 nur die Möglichkeit, gemäss § 1981 die Anordnung einer Nachlassverwaltung

[1]) Entsch. in Ang. d. freiw. Ger. II 120 ff., Rspr. III 251. Vgl. auch Entsch. d. K. G. v. 22. III. 1903 (26 B S. 11): „Die Nachlasspflegschaft ist nur im Interesse des Erben einzuleiten". — Neuerdings auch Fischer-Henle (1906) Bem. 9 zu § 1960: Nicht in Betracht kommt das Interesse eines anderen Beteiligten als dasjenige des Definitiverben. Vgl. dagegen desselben Kommentators Bem. 1 zu Art. 140.

[2]) v. Probst a. a. O. S. 2.

zu beantragen. Das B. G. B. stellt nun aber im Gegensatze zum römischen Rechte das beneficium separandi nicht voraussetzungslos in das reine Belieben des Gläubigers (*Wendt*, Arch. f. c, Pr. Bd. 86 S. 353 ff.), sondern fordert von ihm den praktisch zumeist überaus schwierigen Nachweis, dass eine Gefährdung der Gläubigerbefriedigung durch die Vermögenslage oder das unwirtschaftliche Verhalten des Erben mit Grund zu befürchten sei. Zudem wird sich, da vor der Annahme die Person des Erben noch nicht feststeht, der beantragten Anordnung der Nachlassverwaltung immer das Bedenken des Nachlassrichters entgegenstellen, dass diese, wenn statt des vorläufig zur Erbschaft Berufenen ein Anderer Erbe wird, doch wieder aufgehoben werden müsste.[1]) Hieraus ergibt sich, dass jedenfalls *Binder*s Behauptung, schon die Haftungsnormen gewährten den Gläubigern auch vor der Annahme genügenden Schutz, nicht zutrifft, dass diesen in vielen Fällen als einziges Rechtsmittel der Antrag auf Bestellung eines Nachlasspflegers gemäss § 1961 zu Gebote steht. Nun aber setzt dieser Antrag Darlegung und Glaubhaftmachung eines gegenwärtig verfolgbaren Anspruchs voraus.[2]) Ist die Forderung des Gläubigers eine bedingte oder befristete, so ist er rechtlich hilflos, soferne es sich nicht gerade um eine kalendermässig bestimmte Leistung handelt (§ 257 C. P. O.). Denn der für eine Klage auf künftige Leistung geforderte Nachweis (§ 259 C. P. O.), dass den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, der Schuldner werde sich rechtzeitiger Leistung entziehen, ist unter den Voraussetzungen des § 1960 schon mit Rücksicht darauf schwierig und haltlos, dass die Person des endgiltigen Schuldners noch nicht endgiltig feststeht.[3]) Nimmt man die Fälle hinzu, dass Gläubiger aus tatsächlichen Gründen — etwa weil sie durch Abwesenheit oder aus anderen Ursachen an der Wahrnehmung ihrer Interessen behindert sind, oder von dem Tode ihres Schuldners nicht oder wenigstens nicht sofort nach dem Erbfalle, wo eine Gefährdung des Nachlasses am ehesten zu fürchten ist, Kenntnis erlangen — an der Verfolgung ihrer

[1]) Vgl. Strohal II § 79 N. 10.

[2]) Hierüber wird in § 4 der Darst. eingehend die Rede sein.

[3]) In ähnlich prekärer Lage befindet sich der Nacherbe bezüglich der Ausübung seines Rechtes auf Sicherheitsleistung § 2127 f.

Ansprüche gegenüber dem Nachlasse ausser Stande sind, so ergibt sich auch für den Kreis der Nachlassgläubiger unter den Voraussetzungen des § 1960 ein ev. sehr intensives Bedürfnis nach präventivem Behördenschutze.[1])

E. Der Gesichtspunkt, dass die Zwecke der Behördenfürsorge des § 1960 auch den Schutz der Gläubiger-Interessen in sich begreifen, führt zu dem Ergebnisse, dass das Vorhandensein eines Aktivvermögens im Nachlasse nicht eine Voraussetzung der Nachlasssicherung sein kann.[2]) Ist der Nachlass offenbar überschuldet, ohne dass ein Antrag auf Eröffnung des Nachlasskonkurses, auf Anordnung einer Nachlassverwaltung bezw. einer Nachlasspflegschaft gestellt wird (§§ 216 Abs. 1, 217 K. O., 1981, 1961 B. G. B.), und machen lediglich die Interessen der Nachlassgläubiger eine Fürsorge notwendig, so muss unter den Voraussetzungen des § 1960 die Nachlassbehörde die erforderlichen Sicherungsmassregeln ergreifen.[3]) Noch weniger wird vorausgesetzt, dass sich im Nachlasse bereites Vermögen befinde: Selbst wenn sich der Nachlass nur aus ausstehenden Forderungen zusammensetzt, kann behördliche Fürsorge ev. durch Anordnung der Nachlassverzeichnung oder Bestellung eines Nachlasspflegers veranlasst und geboten sein. Endlich kann auch davon keine Rede sein, dass nur bei bestimmtem Mindestwerte des Nachlasses behördliche Fürsorge einzutreten habe: Selbst der ärmste Nachlass kann und muss unter den Voraussetzungen des § 1960 zum Gegenstande amtlicher

---

[1]) Im Falle des Nachlasskonkurses müssen sich denn auch die Nachlassgläubiger den Vorwegabzug der Sicherungskosten als Masseschulden gefallen lassen. § 224 Ziffer 4 K. O. — Ein Interesse an nachlassbehördlicher Fürsorge besteht auch für die Eigengläubiger der Berufenen und speziell an der Bestellung eines Nachlasspflegers auch für die Erbschaftsschuldner. (arg. § 1959 Abs. 2). Hierüber vgl § 8 der Darst.

[2]) Als unzulässig muss daher die Auffassung der bad. R. Pol. O § 94, 4. S. 2 erachtet werden, wonach die Nachlasssicherung bei Vermögenslosigkeit des Erblassers „wegen Mangels der gesetzlichen Voraussetzungen" für unstatthaft erklärt wird. Unzutreffend auch Mot. V 547 a. E.

[3]) Wahrscheinliche Nachlassüberschuldung bildete vereinzelt einen gesetzlich besonders aufgezählten Sicherungsgrund. Vgl. z. B. österr. Patent v. 9. IX. 1854 §§ 39, 43. — Die Nachlassbehörde ist natürlich zum Antrage auf Konkurseröffnung beim Konkursgerichte weder befugt noch verpflichtet.

Nachlasssicherung gemacht werden; eine den §§ 1982 B. G. B., 204 K. O. ähnliche Vorschrift besteht für die Sicherungsfürsorge nicht.[1])

§ 3.

Das Offizialprinzip in der Nachlassfürsorge.

Der Umfang des möglicherweise unbegrenzten Kreises der Personen — man denke nur an die in letzter Linie immer notwendig eintretende Berufung des Staates, der Allgemeinheit als letzten und notwendigen Erben — zu deren Schutze die präventive Nachlassfürsorge erforderlich und bestimmt ist, der rechtssichernde und streitverhütende Zweck dieser Norm ergeben, dass der Behördentätigkeit zum Zwecke der Nachlasssicherung mehr wie jeder anderen Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein über die Wahrung privater Einzelinteressen hinausgreifendes universelles, öffentliches Interesse zu Grunde liegt. Daher untersteht das Sicherungsverfahren von seinen ersten Stadien an dem Offizialprinzipe: Die Nachlassbehörde „hat" für die Sicherung des Nachlasses ex officio tätig zu werden.[2]) Ein Parteiantrag ist nicht erforderlich, aber auch nicht bestimmend. Ohne Rücksicht auf Anträge der Beteiligten greift die Nachlassbehörde auf Grund der erhobenen Ermitte-

---

[1]) Daher ist einem prozessierenden Nachlasspfleger, selbst wenn einziger Nachlasswert der Streitgegenstand ist, das Armenrecht zu bewilligen (vgl. Beschl. d. R. G. v. 25. I. 1902 Bd. 50, 394; Entsch. d. bayer. O. L. G. III 294, 480 f., 497 ff.; Jur. Wochenschr. 1902, 125, Ziffer 5; Schott, Das Armenrecht (1900) S. 91.) — Als missglückt muss daher der Versuch Mengers (Das bürgerl. Recht und die besitzlosen Volksklassen, Tübingen 1904 S. 234 ff.) bezeichnet werden, welcher unter der Behauptung, die Verlassenschaften der Armen seien nach modernem Reichsrechte nicht Gegenstand präventiver Behördenfürsorge und müssten mithin verwahrlosen, dem B. G. B. eine nur auf die Bedürfnisse der hervorragenden Lebenskreise zugeschnittene aristokratische Tendenz (sic!) vorwirft und die Einführung der amtlichen Nachlassbehandlung in allen Fällen nach dem Vorbilde der österr. Verlassenschaftsabhandlung fordert, „um die Gleichheit zwischen Arm und Reich nicht allzu sehr zu verletzen".

[2]) Vgl. Rspr. V 229. — Die Worte „von Amtswegen", ehedem im Entwurf I vorgesehen, wurden als selbstverständlich gestrichen. Die Fassung des § 1960 Abs. 2 „kann" bezieht sich lediglich auf die dem freien richterlichen Ermessen anheim gestellte Auswahl des Sicherungsmittels.

lungen und Beweise nach freiem, nur auf die Sach- und Rechtsgegründetem, durch die Rücksicht auf die Gesamtheit der Beteiligten sich bestimmendem, pflichtgemässem Ermessen ein;[1]) nur hinsichtlich der Voraussetzungen des Eingreifens zieht das Gesetz feste und bestimmte Grenzen. Auch die gesamte Durchführung, selbst die Beendigung der Nachlassicherung vollzieht sich im Offizialbetriebe § 12 G. f. G.

Die Folge des der Nachlassfürsorge wegen des öffentlichen Interesses zu Grunde liegenden Legalitätsprinzipes ist, dass sich die Behörde durch eine entgegenstehende letztwillige Verfügung nicht an der Anordnung, durch Widerspruch[2]) oder Widerstand Beteiligter nicht an der Ausführung von Sicherungsmassnahmen hindern lassen darf. Daher ist der Sicherungsbeamte auch gegen den Willen des Hauseigentümers oder eines sonstigen Verfügungsberechtigten befugt, sich den Zutritt zur Sterbewohnung mit Gewalt zu erzwingen, Türen und Behältnisse zu öffnen, Räume zu durchsuchen und einen etwa entgegenstehenden Widerstand — vgl. § 113 R. Str. G. B. — nötigenfalls mit Gewalt zu brechen. Darum muss jeder als Nachlasspfleger ausgewählte Deutsche, dem nicht Ablehnungsgründe zur Seite stehen, das ihm übertragene Amt annehmen und ausüben (§§ 1785, 1915, arg. e contr. 1981 Abs. 3.); und zwar ist die privatamtliche Übernahme und Führung der Nachlassfürsorge für den Erwählten eine grundsätzlich unentgeltlich zu erfüllende Staatsbürgerpflicht (§§ 1836, 1914, arg. e contr. 1987).[3]) Der Anwendung unmittelbaren Zwanges zum Zwecke der Nachlass-

---

[1]) Hierin tritt die Verwaltungsnatur des Sicherungsverfahrens hervor. Vgl. Birkenbihl S. 42, 43; Jastrow S. 31; Schneider S. 15; Wellstein S. 19; Dorner S. 77; Keidel S. 17; Oetker, Grdr. z. Vorl. über freiw. Ger. (1904) § 1 II.

[2]) Nach dem Württ. Landrechte von 1610 durfte bei Widerspruch aller Beteiligten keine Siegelung vorgenommen werden (vgl. von Waechter, Hdb. d. im Kgr. Württenberg geltenden Priv. R. 1839 I S. 439 ff.); ebenso nach A. L. R. II 18, 372 f. bei Widerspruch des im Sterbehause wohnenden Gatten des Erblassers. Vgl. Roth S 292 N. 14.

[3]) Vgl. Mot. V 542 f., Prot. 8012, 8013, Planck Bem. III 5 b vor § 1942, Haberstumpf Bem. 2 zu § 4 der bayer. Nachl.-O., Carlebach, Das not. Vermögens-Verz. in Neumanns Jhrb. f. deutsch. R. 1903, 704 ff., bad. R. Pol. O. § 106, Schwarzburg-Sond. A. G. G. f. G. § 16.

sicherung widerspricht nicht der Umstand, dass es sich um ein Vorgehen der sog. freiwilligen Rechtspflege handelt; denn Zwang ist mit dem Begriffe der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht unverträglich. Mittel und Durchführung des Zwanges bestimmt jedoch das Landesgesetz.[1]) — Die Zustimmung oder auch nur die Hinzuziehung der Beteiligten bei Vornahme der Nachlasssicherung ist reichsrechtlich nicht geboten.[2]) Ebensowenig ist die Nachlassbehörde durch einen von Seiten eines Berufenen oder der Nachlassgläubiger etwa erklärten Verzicht auf behördliche Fürsorge gebunden. — Als unzulässig müssen daher alle diejenigen partikulären Anweisungen erachtet werden, welche diese reichsrechtlich stillschweigend anerkannte, durch den Zweck des Behördeneingriffes gebotene Ungebundenheit des Nachlassbeamten in irgend einer Richtung beeinträchtigen.

Immerhin ist aber auch eine Übertreibung des Legalitätsprinzipes nicht veranlasst. Frühere Rechte gestatteten dem Erblasser, durch Verfügung von Todeswegen die Nachlasssicherung, insbesondere die Siegelung zu verbieten; vereinzelt war für ein solches Verbot sogar eine erleichterte Form zugelassen.[3]) Das B. G. B. hat sich jeder diesbezüglichen Vorschrift enthalten. In der gegenwärtigen Literatur gilt ein derartiges Verbot als ungesetzlich, deshalb vollkommen wirkungslos und unbeachtlich.[4]) M. E. geht diese Auffassung zu weit. Richtig ist, dass die Sicherungsbehörde bei erkanntem Bedürfnisse die entsprechende Massnahme ohne Rücksicht auf ein entgegenstehendes Erblasserverbot anordnen darf und muss, zumal mit dem Tode des Erblassers, wie Mot. V 543 richtig hervorheben, Umstände eintreten können, welche zur Zeit der Anordnung des Verbotes noch nicht gewürdigt werden konnten. Da jedoch das Gesetz der Behörde in der Auswahl der Sicherungsmittel freien Spielraum gewährt,

---

[1]) Vgl. z. B. art. 130 bayer. A. G. B. G. B., § 45 ff. bad. A. G. B. G. B.

[2]) Vgl. Denkschr. z. G. f G. S. 35: „Inwieweit den Beteiligten, soferne das Gesetz dem Richter nicht ausdrücklich die Pflicht auferlegt, vor der Entscheidung Gelegenheit zur Äusserung zu geben ist, muss stets der Beurteilung des Richters im einzelnen Falle überlassen bleiben".

[3]) Vgl. z. B. A. L. R. II 18 §§ 372 ff.; A. G. O. II 5 §§ 4 ff.; Württ. Not. G. v. 14. VI. 1843 Art. 44.

[4]) Vgl. z B. Planck Vorbem. III 1 a. E. zu § 1942, Staudinger Bem. 3 zu § 1960.

der Erblasser aber beachtungswürdige innere Gründe gegen eine bestimmte Art behördlichen Eingriffes auf sein Vermögen, z. B. gerade die Siegelung haben kann, so ist es bei der Verwaltungsnatur des Verfahrens dem Sicherungsbeamten m. E. nicht nur unbenommen, sondern sogar pflichtgemäss anheimgegeben, an Stelle der letztwillig abgelehnten Massnahme eine andere, dem Bedürfnisse gleich wirksam entgegenkommende Vorkehrung (z. B. Nachlassverzeichnung, Bestellung eines Aufsehers oder Pflegers statt Siegelung) zu treffen. Der Verwaltungsnatur des Verfahrens entspricht es ferner, dass billige Wünsche Beteiligter, soferne sie dem Zwecke des Vorgehens nicht widersprechen, Berücksichtigung finden können und sollen. In dieser Richtung sind denn auch vielfach landesgesetzliche Anweisungen an die Nachlassbehörden ergangen. Zu beachten bleibt jedoch, dass ein Recht auf solche Berücksichtigung den Beteiligten nicht zusteht.

Als Konsequenz der Amtswegigkeit des Einschreitens ergibt sich für die Nachlassbehörde nicht nur die Verpflichtung, jede zu ihrer amtlichen Kenntnis gelangte Tatsache, aus der die Notwendigkeit eines Vorgehens gemäss § 1960 folgt, zum Anlasse amtlicher Prüfung zu machen, sondern auch die amtliche Aufgabe, die Voraussetzungen ihres Einschreitens ex officio zu erforschen § 12 G. f. G. — Dies erfordert allerdings nicht, wie wiederholt in österreichischsn Dekreten bestimmt wurde, dass das Nachlassgericht „fleissig auf Altersschwache und Kranke achten müsse, um im Augenblicke des Sterbefalles sofort ex officio und unerwartet einiger Requisition“ zum Zwecke der Sicherung zur Hand zu sein.[1]) Wohl aber ist Sorge zu tragen, dass die Nachlassbehörde wenigstens von solchen Todesfällen in zuverlässiger Weise Kenntnis erlangt, bei denen gemäss § 1960 ein amtliches Eingreifen notwendig erscheint.

Die selbständige Erlangung dieser Kenntnis ist der Nachlassbehörde selbst, wenigstens bei der durch das Reichsrecht vorgesehenen Behördenverfassung, praktisch unmöglich. Eine Anzeigepflicht aber besteht reichsgesetzlich nur gegenüber dem Standesbeamten (§ 56 ff. Personenstandsges.); dieser ist reichsrechtlich die einzige Behörde, welche von allen Todesfällen, ab-

[1]) Vgl. Nov. Decl. Ferdin. III. v. 1640; Instr. v. 30. XII. 1770. Vgl. Unger, Verl. Abh. S. 41, 60.

gesehen von den durch gerichtliches Urteil erfolgenden Todeserklärungen, zuverlässige Kunde erhält. Für eine Benachrichtigung der Nachlassbehörde ist dagegen nur sehr unvollkommen gesorgt. Aus dem Zusammenhalte der §§ 1675, 1962 B. G. B., 49, 50, 75 G. f. G. folgt zwar die Obliegenheit des Gemeindewaisenrats, des Vormundschaftsgerichts sowie des Aufgebotsgerichts, der Nachlassbehörde von solchen Fällen Anzeige zu machen, in denen die Notwendigkeit der Anordnung einer Nachlasspflegschaft eintritt. Dagegen lässt sich eine allgemeine Anzeigepflicht des Standesbeamten gegenüber der Nachlassbehörde, etwa aus §§ 48, 75 G. f. G., da diese gänzlich für vormundschaftliche Zwecke zugeschnitten ist, nicht herleiten.

Bei solch lückenhafter Regelung der Benachrichtigung des Nachlassgerichts mussten, um diesem die ihm nicht nur in Ansehung der Nachlasssicherung nach Reichsrecht obliegende Offizialtätigkeit zu ermöglichen, auf Grund des § 200 G. f. G. landesgesetzliche Ergänzungsbestimmungen statuiert werden. Demzufolge wurde in der überwiegenden Mehrzahl der Bundesstaaten die Verpflichtung zur Todesanzeige gegenüber der Nachlassbehörde — abgesehen von dem ein Todeserklärungsurteil erlassenden Amtsgerichte — gemeindeamtlichen Organen übertragen, mit der Verschiedenheit, dass diese zum Teil in allen Fällen, zum Teil nur dann anzeigepflichtig sind, wenn ein Einschreiten zum Zwecke der Sicherung angezeigt erscheinen könnte.[1])

---

[1]) Am zweckmässigsten muss die Übertragung der Anzeigepflicht, wie auch zumeist geschehen, an die Standesbeamten erscheinen: Da nämlich die den letzteren reichsrechtlich obliegende Anzeigepflicht gegenüber dem Vormundschaftsgerichte (§ 48 G. f. G.) landesgesetzlich nicht geändert werden kann, wird, wenn die Anzeigepflicht gegenüber dem Nachlassgerichte anderen Behörden auferlegt ist, der Tod einer Person, die ein minderjähriges Kind hinterlassen hat, dem zugleich als Nachlassbehörde funktionierenden Amtsgerichte zweimal angezeigt. (Vgl. Begründung zum bayer. Nachl.-Ges. S. 6). In Preussen wurde die Übertragung der Anzeigepflicht an die Standesbeamten ausdrücklich abgelehnt, „da es die Grenzen des ihnen reichsrechtlich zugewiesenen Geschäftskreises überschreiten würde, wenn ihnen die Verpflichtung zur Erkundung der näheren Verhältnisse der Beteiligten auferlegt würde". Boschan II S. 1. — Im Einzelnen ist die Gestaltung folgende: Dem Standesbeamten obliegt die Anzeigeverpflichtung in Bayern (art. 1 Nachl. G.,

Es wurde bereits betont, dass entsprechend dem Charakter der Behördenfürsorge des § 1960 als Offizialvorgehen ein Antrag weder erforderlich noch bestimmend ist. Immerhin ist es mit dem Legalitätsprinzipe nicht unverträglich, dass die Anregung zu amtswegigem Eingreifen von einer Privatperson ausgeht. Denn alle auf irgend einem Wege zur amtlichen Kenntnis gelangten Tatsachen, aus denen sich die Notwendigkeit sichernden Einschreitens ergibt, müssen von der Behörde zum Gegenstand amtlicher Prüfung gemacht werden. Es wird sogar eine solche von aussen her kommende Anregung zumeist den Anstoss zur Sicherungstätigkeit geben.[1]) Von dem Falle des § 1961 abgesehen besteht jedoch kein gesetzlicher Anspruch, kein subjektives Antragsrecht auf Nachlasssicherung.[2]) (Zutr. daher Entsch. d. K. G. Berlin v. 2. III. 03 Rspr. VII 132). Der Gesetzgeber hat die Gewährung eines Antragsrechtes an den Erben unter besonderer Beziehung auf die Nachlasspflegschaft ausdrücklich abgelehnt mit der Begründung, dass eine solche Regelung dem im grössten Teile Deutschlands bisher bestehenden Rechtszustande widerspreche, dass dem Erben nicht

---

§§ 1, 2 Nachl. O., Bek. v. 18. XII. 1902; Bremen § 7 A. G. G. f. G., E. L. § 23; Lübeck § 16; Meckl. Schw. § 49; Meckl. Str. § 47; Reuss ä. L. § 33; Reuss j. L. § 38; Sachsen W. § 23; Schaumb. L. § 20; Schwarzb. Rud. § 21 A. G. f. G.; Württ. § 81 A. G. B. G B.) — Vgl. im übrigen: Anhalt (Ortspol. oder Gemeindebeh.) § 17; Baden (Leichenschauer) §§ 93 ff. R. Pol. O.; Braunschweig (Ortspol. Beh.) § 11 Abs. 1; Hbg. (Pol. Beh.) § 29; Hessen (Ortsger. Vorst.) § 45; Lippe (Mag., Gemdevorst., Bauerrichter) § 19; Preussen (Ortspol. Beh., Gemdebeh., Dorfger.) §§ 19, 105; Sachsen K. G. (Gemdevorst.) art. 21; Schwarzb. Sond. (Gemdevorst.) § 17; Waldeck (Ortspol. Beh.) § 19 A. G. G. f G. — Nach württ. A. G. B. G B hat der Standesbeamte selbst solche zu seiner amtlichen Kenntnis gelangten Todesfälle, die ausserhalb des Landes erfolgt sind, anzuzeigen; art. 81 l. c.

[1]) z. B. es teilt der Erbe nach Eintritt des Erbfalls dem Nachlassgerichte mit, dass er sich um den Nachlass nicht kümmern werde, da er sich erst überlege, ob er die Erbschaft annehmen oder ausschlagen wolle. — „Anrufung" des Nachlassgerichts, nicht „Antrag" im technischen Sinne. Hachenburg, Vortr. S. 200.

[2]) Du Chesne (Zentr. Bl. f. freiw. Ger. 3, 314; 4, 189) nennt die im Gebiete der freiw. Rechtspflege den Beteiligten vom Gesetze ausdrücklich verliehenen Rechte auf Gewährung behördlicher Mitwirkung (z. B auf Erteilung einer Erbenlegitimation, auf Vermittelung der Auseinandersetzung, auf Bestimmung einer Inventarfrist) „Rechtsbewährungsansprüche".

die Befugnis eingeräumt werden könne, sich durch einen solchen Antrag der Sorge für den Nachlass zu entziehen; das Ergebnis wäre, dass im Widerspruche zu dem grundsätzlichen Standpunkte des B. G. B. ein Ersatz für die allgemeine gerichtliche Nachlassregulierung geschaffen würde (Mot. V 544). Es wäre daher eine wegen Nichtbeachtung eines auf Nachlasssicherung gerichteten Antrags bezw. einer solchen Anregung auf Grund der §§ 20 Abs. 2, 57 Zffr. 3, 75 G. f. G. erhobene Beschwerde unbegründet, da die Verletzung eines Rechtes nicht in Frage steht.[1]) Denn „Recht" im Sinne der §§ 20, 57 Zffr. 3 G. f. G. ist nur, „was die Gesetze selbst als solches anerkennen, d. h. was sie mit dem Schutze der Staatsgewalt bekleidet haben; über die gesetzlich anerkannten Wirkungen hinaus aber versagt der staatliche Rechtsschutz und zwar ohne Unterschied zwischen dem ordentlichen Rechtswege und anderen Rechtsbehelfen". (Entsch. d. K. G. v. 6. VII. 03 Rspr. 7, 204). Von einer Rechtsbeeinträchtigung im Sinne der zitierten §§ kann vor allem dann keine Rede sein, wenn der Beschwerdeführer an der Nachlassfürsorge lediglich durch ein berechtigtes Interesse (z. B. als Nachberufener, Ersatzerbe) beteiligt ist. (Entsch. d. O. L. G. Karlsruhe v. 7. II. 01. Rspr. III 71) — Unzutreffend ist es daher, wenn *Endemann* III § 81 b behauptet, es stehe nach modernem Rechte jedem Erbberufenen, ferner nicht nur den Nachlassgläubigern, sondern auch jedem anderen rechtlichen Interessenten (Nacherben, Eigengläubiger) das Recht zu, auf behördliche Nachlasssicherung gemäss § 1960 anzutragen.[2]) Das B G. B. hat diesen Beteiligten

[1]) Der Weg der Dienstaufsichtsbeschwerde steht natürlich dem Antragsteller hier wie überall offen.

[2]) Vgl. auch Staudinger Bem. 3 zu b zu § 1960, Weissler, Komm. z. Ges. f. G. § 75 N. 3 c; bad. R. Pol. O § 119, 1 b. — Selbst das österr. Recht (§ 804 A. B G. B.), welches zu jeder Begünstigung der amtlichen Nachlassbehandlung geneigt war, versagte den Beteiligten ein solches Antragsrecht. — Andererseits ist es natürlich dem Erben, aber auch nur dem gegenwärtig Berufenen, unverwehrt, ausserhalb des in § 1960 errichteten Instituts unter behördlicher Mitwirkung Sicherungsmassnahmen in Ansehung des Nachlasses zu erwirken: so kann er bei den zuständigen Beamten Antrag auf Siegelung oder Nachlassverzeichnung stellen, die zum Nachlass gehörigen Wertgegenstände bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle hinterlegen. Um eine amtliche Nachlasssicherung im Sinne der §§ 1960 ff. handelt es sich dabei aber nicht.

— stets abgesehen von dem Falle des § 1961 — einen solchen Anspruch nicht verliehen.

Dagegen steht gegen die Anordnung von Sicherungsmassnahmen dem Erbberufenen, welcher sein gegenwärtiges Erbrecht glaubhaft zu machen im Stande ist, auf Grund des mit dem Erbfalle auf ihn übergangen Rechtes an dem Nachlasse das Rechtsmittel der Beschwerde zu. Die zur Beschwerdebegründung nachzuweisende Rechtsverletzung (§ 20 G. f. G.) kann zunächst darauf gestützt werden, dass die in § 1960 geforderte Voraussetzung nichtfeststehender Erbschaftsannahme fehlt. Soweit sich diese Beschwerde nicht ohnehin als pro herede gestio darstellt, wird der Erbberufene erklären müssen, dass er die Erbschaft annimmt oder bereits angenommen hat. Hiemit entfällt eine der Grundvoraussetzungen des § 1960, sodass der Beschwerde unverzüglich stattzugeben wäre. Es kann jedoch die behauptete Rechtsbeeinträchtigung auch darauf gestützt werden, dass der Erbe — unter Vorbehalt des Ausschlagungsrechtes — die richterliche Würdigung des Bedürfnisses, die getroffene Wahl des Sicherungsmittels oder den Umfang der Sicherung bemängelt.[1]) — Dagegen fehlt die Beschwerdelegitimation jedem Nachberufenen, da dessen Anwartschaft als ein gegenwärtiges Recht im Sinne des § 20 G. f. G. nicht gelten kann.

Wohl aber ist ferner zur Beschwerde zweifellos jeder Nachlassgläubiger und jeder andere rechtliche Drittinteressent (Nacherbe, Eigengläubiger) legitimiert, da jede Massnahme der Nachlasssicherung die rechtliche Stellung dieser Beteiligten mehr oder weniger berührt (§ 8 der Darst.). Da es aber zur Substanzierung der Beschwerde nicht genügt, dass die angefochtene Verfügung auf die wirtschaftlichen oder selbst auf die rechtlichen Beziehungen des Beschwerdeführers von Einfluss ist, vielmehr stets eine Beeinträchtigung des materiellen Rechtskreises gefordert wird, so wird einem solchen Drittinteressenten, wiewohl zur Antragstellung legitimiert — selbst wenn die Nachlasssicherung materiell ungerechtfertigt ist — bei dem Zwecke,

---

[1]) Vgl. Staudinger Bem. 3 zu b zu § 1960, Entsch. d. K. G. Berlin v. 22. VI. 1905. Rspr. XII 199. — Die Beschwerde hat also nicht notwendig den Charakter einer sog. Rechtsbeschwerde, sondern kann sich als reine Verwaltungsbeschwerde (Beanstandung des Ermessens) darstellen.

der rechtlichen Natur und den Wirkungen der Behördenfürsorge des § 1960 selten der zur Beschwerdebegründung notwendige Nachweis der Rechtskränkung gelingen.[1])

Zur Beschwerde gegen die Anordnung einer Nachlasssicherung ist endlich auch ein Testamentsvollstrecker berechtigt, da die Kosten der Sicherung dem Nachlasse zur Last fallen, eine ungerechtfertigte Nachlasssicherung hienach eine unmittelbare vermögensrechtliche Beeinträchtigung des von dem Beschwerdeführer vertretenen Nachlasses enthält und damit ein Recht, zu dessen Wahrung jener in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker berufen ist, verletzt. (Vgl. Entsch. d. O. L. G. Dresden, Zentr.-Bl. f. freiw. Ger. 6, 370).

§ 4.

Die Sicherungsflegschaft auf Antrag (§ 1961 B. G. B.)

Solange die Erbschaftsannahme nicht feststeht, befinden sich die Nachlassgläubiger unter Umständen tatsächlich und rechtlich in einer überaus prekären Lage: Selbst dem orientierten und aktionsfähigen Gläubiger ist die gerichtliche und aussergerichtliche Verfolgung seiner Ansprüche, soferne ein Vertreter des Definitiverben nicht vorhanden, z. T. erschwert, z. T. unmöglich. Ist unbekannt, wer Schuldner der Nachlassverbindlichkeiten geworden ist, so fehlt dem Nachlassgläubiger tatsächlich jede Möglichkeit, die Befriedigung seiner Forderung zu verlangen oder auch nur die zur Geltendmachung seines Anspruches etwa notwendigen empfangsbedürftigen rechtsgeschäftlichen Erklärungen (Kündigung, Aufrechnung) rechtswirksam abzugeben. Eigenmächtiger Zugriff aber ist ihm, wenn nicht schon aus tatsächlichen Gründen, durch das Strafgesetz verwehrt. Im Übrigen versagt auch der sonst zur Rechtsverwirklichung dem Gläubiger vom Gesetze bereitgestellte Schutz:[2]) Ist der Erbe der Person

[1]) Nachlassgläubiger und Eigengläubiger könnten sich event. darauf stützen, dass die Kosten der Nachlasssicherung den Nachlassbestand treffen (§§ 1967 Abs. 2 B. G. B, 224 Ziffer 4 K. O.) und dadurch das ihrer Befriedigung dienende Objekt schmälern.

[2]) Nur eine z. Z. des Erbfalls bereits begonnene Zwangsvollstreckung kann ohne Rücksicht darauf, wer Erbe ist und ob die Erbschaftsannahme erfolgt ist, in den Nachlass fortgesetzt werden Vgl. §§ 778 ff. C. P. O.

nach bekannt, ohne dass die Erbschaftsannahme durch diesen bereits als feststehend zu gelten hat, so steht allerdings dem Gläubiger nichts im Wege, die zum Zwecke der Geltendmachung seines Anspruches notwendigen rechtsgeschäftlichen Erklärungen dem einstweiligen Erben gegenüber mit Rechtswirksamkeit auch gegenüber dem Definitiverben vorzunehmen. (§ 1959 Abs. 3). einer gegen den einstweiligen Erben erhobenen Klage aber, dem Begehren nach Fortsetzung eines bereits gegen den Erblasser begonnenen Prozesses kann die Einrede der mangelnden Passivlegitimation mit dem Erfolge kostenfälliger Abweisung des Gläubigers entgegengesetzt werden §§ 1958 B. G. B. 239 Abs. 5 C. P. O. Und zwar wird der Erbberufene, soferne er auf eine Inanspruchnahme hin nicht sofort ausschlägt und schon dadurch die kostenfällige Sachabweisung des Klägers herbeiführt, jene Einreden meist schon deshalb geltend machen, um durch eine Einlassung auf den Prozess nicht einen Rückschluss auf eine pro herede gestio zu seinen Ungunsten zu ermöglichen, oder um nicht für den Fall der Ausschlagung dem definitiven Erben haftbar zu werden §§ 1943, 1959 B. G. B. Zudem beginnen grundsätzlich die der Zwangsbefriedigung der Gläubigeransprüche auch nach der Erbschaftsannahme entgegenstehenden aufschiebenden Einreden so lange nicht zu laufen, als die Erbschaftsannahme nicht erfolgt ist §§ 2011 ff. Vermag allerdings der Gläubiger nachzuweisen, dass Grund für die Annahme besteht, die Befriedigung der Gläubiger aus dem Nachlasse werde durch das Verhalten oder die Vermögenslage des Erben gefährdet, oder gelingt ihm die Glaubhaftmachung der Nachlassüberschuldung, so kann er die Nachlassabsonderung sowie die Bestellung eines Erbenvertreters erwirken, dem gegenüber auch vor der Erbschaftsannahme gleiche Beschränkungen in der Anspruchsverfolgung nicht bestehen §§ 1981, 1960 Abs. 3, 2017 B. G. B., 215, 216 Abs. 1, 217 Abs. 1 u. 2, 226 K. O. Die für diese ausserordentlichen Rechtsbehelfe geforderten engbegrenzten Voraussetzungen überbürden aber dem Nachlassgläubiger einen misslichen, unter Umständen schwer zu erbringenden Nachweis.

Ein solcher Rechtszustand bedeutet für die Nachlassgläubiger eine empfindliche Erschwerung und Verzögerung der Rechtsverfolgung und könnte bei der unter Um-

ständen langen Dauer des bis zur Annahme bestehenden rechtlichen Zwischenstadiums[2]) trotz aufgeschobener Vollendung der Anspruchsverjährung (§ 207 B. G. B.) zu einer Rechtsvereitelung führen.[1]) Solange die Erbschaftsannahme nicht feststeht, ergibt sich für die Nachlassgläubiger die besondere Gefahr, dass der Nachlassbestand durch Beiseiteschaffung, Verdunkelung, gefahrbringende Verfügungen von Seiten Dritter oder des gegenwärtigen Berufenen vermindert und ihnen auf diese Weise das in erster Linie zu ihrer Befriedigung bestimmte Haftungsobjekt geschmälert oder schliesslich endgültig entzogen wird. Ein Pfandrecht an den Nachlassgegenständen steht den Nachlassgläubigern nach B. G. B. kraft Gesetzes nicht zu; die ihnen gegenüber den Schädigern etwa erwachsende Ersatzforderung allein aber wäre bei der möglicherweise sich ergebenden Vermögenslosigkeit der Schädiger oder bei der Schwierigkeit des Schuldnachweises ein nur sehr unvollkommener Schutz.

Die Unverträglichkeit dieses Rechtszustandes mit den Prinzipien namentlich eines gesunden Personalkredits hat den Gesetzgeber veranlasst, den Nachlassgläubigern das Recht zu geben, durch einen an die Nachlassbehörde gerichteten Antrag die amtliche Sicherstellung des Nachlasses durch Anordnung einer Nachlasspflegschaft zu erwirken § 1961 B. G. B Diese Sicherungsmassnahme gewährleistet den Gläubigern nicht nur eine ihren Interessen dienende amtliche Nachlassfürsorge, sondern ermöglicht ihnen zugleich sowohl die aussergerichtliche Geltendmachung als auch die Verfolgung ihrer Ansprüche im Prozess- und Vollstreckungswege §§ 1960 Abs. 3 B. G. B. 779 Abs. 2 S. 2 C. P. O.

Das aus § 1961 B. G. B. sich ergebende Recht des Nachlassgläubigers stellt sich dar als ein zum Schutze (und zum Zwecke der Geltendmachung) einer Nachlassverbindlichkeit geschaffenes subjektives öffentliches Recht und gehört in den Kreis jener publizistischen Schutzrechte, deren wichtigstes, nicht einziges, der zivilprozessuale Rechtsschutzanspruch im Wach'schen Sinne ist (*Esslinger*).[3])

---

[1]) Vgl. Mot. V., 546; Planck § 1961. Bem. 1; Wilke Bem. 1 zu § 1961.

[2]) Vgl. § 1944 Abs. II und III Mot. V, 498, 499, 546.

[3]) In den Kreis jener publizistischen Schutzrechte fällt aus dem Gebiete des Erbrechts vor allem auch das jedem Erben zustehende Recht

Jeder Rechtsschutz ist zu versagen, wenn für denjenigen, der ihn in Anspruch nimmt, ein Rechtsschutzbedürfnis nicht besteht (vgl. *Jaeger*, Grundriss des Zivilprozessrechts § 1 III 2.). Während nun zur Inanspruchnahme des Prozessgerichtes im Allgemeinen ein fälliger, noch nicht erfüllter Anspruch des Klägers, zur Inanspruchnahme des Nachlassgerichts regelmässig (z. B. für den Zweck der Erbscheinserteilung § 2353 ff. oder der Bestimmung einer Inventarfrist § 1994 B. G. B.) die Erbberechtigung bezw. ein Forderungsrecht des Antragstellers genügt, erfordert das Gesetz für das Antragsrecht des Nachlassgläubigers im Falle des § 1961 nicht nur ein abstraktes, sondern zugleich ein konkretes Rechtsschutzbedürfnis.

Einem auf Bestellung eines Nachlasspflegers gerichteten Antrage ist nämlich nach der Fassung und dem Zusammenhange der einschlägigen Gesetzesstellen nur unter der Doppelvoraussetzung zu entsprechen, dass

1. ein gegenwärtig zur Rechtsverfolgung reifer Anspruch gegen den Nachlass (im Sinne des § 1967 B. G. B.) und

2. die infolge nicht feststehender Erbschaftsannahme gegebene gegenwärtige Unmöglichkeit der Verfolgung dieses Anspruches im Rechtswege

durch den Antragsteller dargetan und glaubhaft gemacht wird.

Dass Verfolgungsreife eines gegen den Nachlass sich richtenden Anspruchs, also normalerweise dessen Fälligkeit, ausnahmsweise die zeitliche Bestimmbarkeit einer erst künftig fällig werdenden Leistung, die den Umständen nach gerechtfertigte Besorgnis um rechtzeitige künftige Leistung oder endlich ein rechtliches Interesse an alsbaldiger richterlicher Feststellung des Anspruches, Voraussetzung des Antragsrechtes ist, ergibt sich aus den Worten des Gesetzes: „zum Zwecke der gerichtlichen Geltendmachung....“; denn nur in den genannten Fällen kann ein Anspruch Gegenstand

---

auf Erteilung einer amtlichen Erbeslegitimation. Vgl. Esslinger S. 37. Die Konstruktion eines zivilprozessualen Rechtsschutzanspruchs wird von Jaeger neuerdings abgelehnt. Vgl. Grundriss § 1 III 1.

gerichtlicher Geltendmachung sein vgl. §§ 256—259 C. P. O. 1961 B. G. B.[1])

Zur Antragsbegründung ist neben diesem Befriedigungsbedürfnisse auch ein aus den konkreten Umständen sich ergebendes besonderes Bedürfnis nach präventivem Rechtsschutze nachzuweisen. Ein solches liegt aber für einen Nachlassgläubiger nur dann vor, wenn

a) die Erbschaftsannahme nicht feststeht (vgl. § 1961: „....in den Fällen des § 1960 Abs. 1“)[2]) und

b) die gerichtliche Geltendmachung des Anspruches nicht möglich ist (arg.: „zum Zwecke der gerichtlichen Geltendmachung“).

Wenn also entweder die Erbschaftsannahme feststeht oder bei nichtfeststehender Erbschaftsannahme die Möglichkeit gerichtlicher Anspruchsverfolgung gegeben ist, so muss der Antrag eines Nachlassgläubigers abgelehnt werden. Solange aber die Erbschaftsannahme nicht feststeht, liegen der Anspruchsverfolgung tatsächliche und rechtliche Hindernisse regelmässig im Wege. Vgl. § 1958 B. G. B. 239 Abs. 5 C. P. O. Ausnahms-

[1]) Auch § 2059 Abs. 2 Entw. I setzte voraus, dass der Gläubiger die Befriedigung aus dem Nachlasse im Augenblicke des Antrags verlangen konnte. — Handelt es sich lediglich darum, dass zur Durchführung einer Zwangsvollstreckung in den Nachlass die Hinzuziehung des Schuldners d. h. des Definitiverben notwendig wird, so kann der Vollstreckungsgläubiger auf Grund des § 779 Abs. 2 C. P. O. die Bestellung eines „besonderen Vertreters“ durch das Prozessgericht verlangen. Vgl. § 731, 764 f., 828 ff., 857 f., 864 ff., 891 C. P. O. Staudinger Bem. 2 zu c zu § 1961. Ist aber auf Grund des § 779 Abs. 2 C P. O. ein besonderer Vertreter bereits bestellt, so ist für die Anordnung einer Antragpflegschaft, solange es sich lediglich um die Vollstreckung dieses Anspruchs handelt, ein Bedürfnis nicht vorhanden.

[2]) Zweck und Wesen der Antragpflegschaft sowie die Beziehung der Worte: „in den Fällen des § 1960 Abs. 1“ werden von Neumann Bem. 3 b α zu § 1961 verkannt, welcher behauptet, es müsse als Antragsvoraussetzung neben dem Antrage entweder Unbekanntheit des Erben bezw Ungewissheit der Annahme oder ein Fürsorgebedürfnis im Interesse des Nachlasses vorliegen. Dass auch die Bestellung eines Antragspflegers nur vor feststehender Erbschaftsannahme möglich ist, war in § 2059 Abs. 2 Entw I ausdrücklich ausgesprochen und tritt im B. G. B. nicht nur durch die Fassung des § 1961 hervor, sondern ist arg. §§ 1958 und 1960 Abs. 3 selbstverständlich. Vgl. auch Staudinger Bem. 1 und 2 zu 1961.

weise kann allerdings die gerichtliche Verfolgung eines solchen Anspruches durch das Vorhandensein eines Nachlass- oder Konkursverwalters ermöglicht sein. Dann ist ein konkretes Rechtsschutzbedürfnis grundsätzlich zu verneinen. Das Gleiche gilt, wenn ein zur Führung eines Rechtsstreites berechtigter Testamentsvollstrecker das Amt angenommen hat und an der Prozessführung weder tatsächlich noch rechtlich verhindert ist; die gegenteilige Ausführung der Mot. V 547, 548 beruht auf der nach §§ 1903, 1904 des Entw. I noch ausserordentlich beschränkten Passivlegitimation des Testamentsvollstreckers. Vgl. § 2213 B. G. B.[1]) Andererseits muss, soferne im Falle einer Erbengemeinschaft die Voraussetzungen des § 1960 nur in der Person eines Miterben vorliegen, event. ein Teil der Miterben die Erbschaft bereits angenommen hat, auf Antrag eines Nachlassgläubigers ein Nachlasspfleger trotz der gesamtschuldnerischen Haftung der Miterben (vgl. § 2058 B. G. B.) bestellt werden ohne Prüfung, ob für den Antragsteller ein Interesse besteht, seinen Anspruch gerade gegenüber dem unbekannten oder ungewissen Erben geltend zu machen.[2]) Ein sehr intensives Gläubigerinteresse an der Pflegerbestellung besteht übrigens in diesem Falle auf Grund der §§ 2059 B. G. B., 747 C. P. O. stets bei ungeteilter Erbengemeinschaft,[3]) da für die Zwecke der

[1]) Vgl. Planck Bem. 2, Staudinger Bem. 2 zu c zu § 1961. Anderer Meinung Boschan II S. 42 und Weissler S. 104, gestützt auf die Mot. Eine Unterausnahme ergibt sich allerdings für den Fall, dass es sich gerade um die Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruches handelt: Da die Erhebung der Pflichtteilsklage auf Grund der inneren Natur des Pflichtteilsrechtes im Einklange mit der bisherigen Praxis auch nach B. G. B. dem Testamentsvollstrecker gegenüber ausgeschlossen ist (2213 Abs. 1 S. 3 B. G. B. 748 Abs. 3 C. P. O.), so ist in diesem Falle auch bei Vorhandensein selbst eines nachlassverwaltenden Testamentsvollstreckers auf Antrag des Pflichtteilsberechtigten ein Nachlasspfleger zu bestellen.

[2]) Nach dem für die Miterbenhaftung in §§ 320, 2051 Entw. I geltenden Grundsatze: Debita ipso jure Divisa sunt verstand sich in solchen Fällen die Zulässigkeit einer Antragspflegschaft in Ansehung des betr. Erbteils von selbst. Vgl. Mot. V 546, 547; § 6 der Darst.

[3]) Dieser Fall ist während der Dauer einer Nachlasspflegschaft zumeist gegeben, da die Erbteilung regelmässig erst nach der Annahme durch alle Erben stattfindet, die Nachlasspflegschaft aber gemäss §§ 1961, 1960 nur bis zur feststehenden Erbschaftsannahme währt.

Zwangsvollstreckung ein gegen alle Erben lautendes Urteil notwendig ist. (Vgl. Entsch. des bayer. ob. L. G. vom 22. März 1902 Rechtssprechung der O. L. G. V S. 229).[1])

Als Antragsvoraussetzung wird jedoch in § 1961 nicht das Vorliegen von Tatsachen gefordert, aus denen sich ergibt, dass der Erbberufene trotz Nichtbehinderung die Sorge für die Befriedigung der Nachlassgläubiger unterlässt, dass dieser um Befriedigung angegangen die Leistung verweigert hat, und daher Klageerhebung veranlasst ist. Letzteres wurde in den Mot. V 547 ausdrücklich betont mit der Begründung, es würde mit dem Erfordernisse der Befriedigungsverweigerung durch den Erben dem Nachlassgläubiger ein unter Umständen misslicher Nachweis angesonnen. Ebensowenig kann billigerweise in § 1961 vorausgesetzt sein, dass, soferne der gegenwärtige Erbberufene bekannt ist, der Nachlassgläubiger gegen diesen die gerichtliche Anspruchsverfolgung bereits versucht, aber auf Grund der §§ 1958 B. G. B., 239 Abs. 5 C. P. O. abgewiesen worden ist. Die gegenwärtige Fassung des § 1961: „wenn die Bestellung zum Zwecke gerichtlicher Geltendmachung ... beantragt wird" könnte allerdings das doppelte Missverständnis erwecken, es sei als Antragsvorraussetzung gefordert,

1. dass gerichtliche Verfolgung des Anspruches veranlasst und

2. dass ausschliesslich die gerichtliche Verfolgung des Anspruches erstrebt wird.

Hiegegen gilt, was die Mot. ausführen: § 1961 würde gerade in jenen Fällen versagen, in denen die Person des gegenwärtig zur Erbschaft Berufenen ungewiss ist, dem Gläubiger also jede Möglichkeit aussergerichtlicher Geltendmachung des Anspruchs

---

[1]) Liegen dagegen die Voraussetzungen des § 1960 in der Person mehrerer Miterben vor (z. B. des B und des C, während A angenommen hat), so ist es unstatthaft, eine Nachlasspflegschaft lediglich in Ansehung eines bestimmten Erbteils (z. B. des C) zum Zwecke der Anspruchsverfolgung gerade gegen denjenigen, der sich für diesen Erbteil als Erbe herausstellen wird, zu beantragen und auf Antrag anzuordnen. Denn hierfür fehlt es, nachdem die im Entw. I vorgesehene anteilsmässige Haftung der Miterben im B. G. B. nicht mehr als Regel gilt, an jeglichem Rechtsschutzbedürfnisse. Insoferne ist Weissler S. 105 zuzustimmen und Dernburg Pr. Pr.-R. III 631 zu widersprechen. Vgl. Mot. V 546.

fehlt, sodass ein Nachweis der Befriedigungsweigerung überhaupt nicht erbracht werden kann. Das den Antrag veranlassende Bedürfnis kann vielmehr zunächst z. B. lediglich darin bestehen, dass derjenige, welcher mit dem Erblasser in Ansehung eines Nachlassgrundstückes einen Kaufvertrag abgeschlossen hat, einen Erbenvertreter benötigt, um diesen zunächst aussergerichtlich zur Abgabe der Auflassungserklärung aufzufordern und erst, wenn der Erbenvertreter sich dessen weigert, ihn auf Erteilung jener Erklärung im Prozesswege zu belangen. Die Annahme, § 1961 setze voraus, dass die prozessuale Geltendmachung eines Anspruches veranlasst und erstrebt sein müsse, würde wie das K. G. Berlin in dem Beschlusse vom 10. Juni 1901 (Rsp III 251) zutreffend ausführt, zu dem absurden Resultate führen, dass derjenige Nachlassgläubiger, welcher einen bestrittenen, unsicheren Auspruch gegen den Nachlass hat, günstiger stehen würde, als derjenige, dessen Anspruch nicht in Zweifel und Streit gezogen werden kann. Zudem ist es mit Sicherheit nie vorauszusehen, ob es nach Bestellung eines Pflegers immer auch zur Inanspruchnahme des Prozessgerichtes kommt: Der Pfleger kann nach seiner Bestellung den Anspruch sofort anerkennen, sodass eine klageweise Geltendmachung doch nicht eintritt Voraussetzung der Pflegerbestellung ist also weder, dass Klageerhebung veranlasst ist, noch auch, dass sofort und ausschliesslich die prozessuale Geltendmachung des Anspruches erstrebt wird; denn der wahre Zweck des § 1961 ist der, dem Nachlassgläubiger ein Mittel zur Ermöglichung ordnungsmässiger, nötigenfalls gerichlicher Anspruchsverfolgung in die Hand zu geben.

Das im § 1961 umschriebene Rechtsschutzbedürfnis hat der Antragsteller nicht nur darzulegen, sondern auch glaubhaft zu machen. Das Gericht hat die Angaben des Antragstellers zu prüfen, erforderlichenfalls von Amtswegen Ermittelungen und Beweise anzuordnen (§ 12 G. f. G.) und den Antrag abzulehnen, wenn sich ergibt, dass die Voraussetzungen des § 1961 nicht vorliegen. Unzutreffend sind daher diejenigen Ansichten, nach denen im Falle des § 1961 die Prüfung eines Bedürfnisses durch die Nachlassbehörde unstatthaft sei, es dieser vielmehr genügen müsse, dass in dem Antrage ein Anspruch gegen den Nachlass

behauptet wird; gegen Missbrauch schütze eine dem Antragsteller auf Grund der Landesgesetze event. aufzuerlegende Kostenvorschusspflicht.[1]) Es ist undenkbar, dass durch Reichsrecht eine solch klaffende, erst durch einzelstaatliche Kostengesetze zu schliessende Lücke geschaffen werden sollte, durch die hindurch jeder Dritte, der einen Anspruch gegen den Nachlass behauptet, zur amtlichen Bestellung eines Nachlasspflegers gelangen könnte. Diese Auffassung setzt sich in schroffsten Widerspruch zu dem den Gesetzgeber zweifellos beherrschenden, in § 1960 zum Ausdrucke gebrachten Gedanken, dass jedes Eingreifen in den Nachlass zum Zwecke der Nachlasssicherung grundsätzlich dem nur durch die Rücksicht auf das konkrete Bedürfnis geleiteten Ermessen der Nachlassbehörde vorbehalten sein soll. Denn jene Auffassung erkennt jedem Dritten die Möglichkeit zu, durch einen die Behauptung eines Anspruches gegen den Nachlass enthaltenden Antrag jede richterliche Bedürfniswürdigung abzuschneiden und die Anordnung gerade der durchgreifendsten Sicherungsmassnahme zu erwirken.[2]) Gegen Missbrauch des Antragsrechtes dürften aber selbst die gegenwärtigen partikulären Kostengesetze kaum eine wirksame Abhilfe bieten: denn abgesehen davon, dass die für die behördliche Nachlassfürsorge angesetzten Kosten durchweg sehr niedrige sind, bestimmt sich speziell die für die Antragspflegschaft erwachsende Gebühr in einer Reihe von Bundesstaaten nicht nach dem Nachlasswerte,

---

[1]) Vgl. hierüber einerseits Mot. V 547, Weissler S. 104, Planck Bem. 2, Staudinger Bem. 2 zu b; andererseits Neumann Bem. I 3 b α zu § 1961; Boehm S. 268 und besonders Dernburg § 129 N. 2: „Zur Antragsbegründung genügt die Kundgabe des Willens durch den Antragsteller, einen Anspruch gegen den Nachlass geltend zu machen."

[2]) Es wird nämlich von derselben Seite, welche die rechtliche Natur der Antragspflegschaft als wirklicher Sicherungspflegschaft in Abrede stellt, doch behauptet, dass jede einmal angeordnete Nachlasspflegschaft nicht nur dann fortzubestehen habe, wenn sich der Anspruch hinterher als unbegründet erweist, sondern dass auch die Antragspflegschaft nicht aufgehoben werden dürfe, bevor die Erbschaftsannahme feststeht. Hieraus und aus dem Obigen ergäbe sich, dass es im Gegensatze zu dem in § 3 der Darst. Ausgeführten jeder Nachberufene, jeder Eigengläubiger eines Berufenen und jeder Nachlassschuldner in der Hand hätte, durch die Behauptung eines geringfügigen oder nichtigen Anspruches gegen den Nachlass das Gericht zur Bestellung eines Nachlasspflegers zu zwingen.

sondern nach der Höhe des geltend gemachten Anspruches.[1]) Daher wird selbst eine etwa auferlegte Kostenvorschusspflicht die missbräuchliche Anwendung des § 1961 nicht verhindern, zumal in denjenigen Bundesgebieten, in denen es dem Antragsteller möglich ist, durch Behauptung eines sehr geringfügigen Anspruches — § 1961 setzt einen Anspruch von bestimmter Mindesthöhe nicht voraus — die Vorschusssumme beliebig zu ermässigen. Zudem ist ein solches Vorschussverlangen landesgesetzlich nur vereinzelt vorgesehen.[2])

Andererseits hat das Nachlassgericht bei der dem Antrage eines Nachlassgläubigers anheimgestellten Nachlasspflegschaft lediglich zu prüfen, ob ein singuläres, konkretes Rechtsschutzbedürfnis gerade im Interesse des Antragstellers gegeben ist. Liegt ein solches vor, so muss[3]) die Bestellung eines Pflegers erfolgen, andernfalls ist der Antrag abzulehnen. Trotzdem kann m. E. nicht davon die Rede sein, dass für den Gesetzgeber bei Erlass des § 1961 jede Berücksichtigung des generellen Fürsorgebedürfnisses im Interesse der Gesamtheit der Nachlassbeteiligten ausgeschieden sei. Während jedoch im Falle des § 1960 die Würdigung dieses generellen Bedürfnisses dem richterlichen Ermessen anheim gestellt ist, wird gemäss § 1961 bei glaubhaftem Nachweise eines gegen den Nachlass sich richtenden verfolgungsreifen Anspruches sowie der Unmöglichkeit ordnungsmässiger Befriedigung desselben ein Sicherungsbedürfnis im Interesse der übrigen Nachlassbeteiligten gesetzlich präsumiert. Die Tatsache nichtfeststehender Erbschaftsannahme zwingt in Verbindung mit der in § 1961 ausgesprochenen gesetzlichen Präsumtion eines generellen Fürsorgebedürfnisses den Nachlassrichter, auf Grund des § 1960 von Amtswegen für die Sicherung des Nachlasses zu sorgen.

---

[1]) Vgl. z. B. Mügel Anm. 1 zu § 84 Preuss. G. K. G. und § 10 der Darstellung.

[2]) Vgl. Staudinger Bem. 2 zu a zu § 1961.

[3]) Vgl.: „Dass Nachlassgericht hat . . zu bestellen". Ein aus dem Schosse der II. Kommission gestellter Antrag, die Anordnung einer Nachlasspflegschaft in diesem Falle nur fakultativ vorzuschreiben, wurde mit der Begründung abgelehnt, es handle sich hier nicht um einen Fall reinen richterlichen Ermessens, es müsse vielmehr dem Richter eine feste gesetzliche Handhabe gegeben werden. Prot. II 7749.

Zu dem Ergebnisse, dass nach Lage des Falles als Sicherungsmittel nur die Bestellung eines Erbenvertreters in Frage stehen kann, müsste auch das richterliche Ermessen, selbst wenn das Gesetz hierüber schweigen würde, gelangen.[1])

Es hat somit auch die auf Grund des § 1961 angeordnete Nachlasspflegschaft als Sicherungspflegschaft im vollen Sinne des § 1960 zu gelten.[2]) Das spezielle Gläubigerinteresse vermag lediglich den Anstoss zu behördlicher Fürsorge zu geben, während sich deren Zweck, Inhalt und Wirkung im übrigen hier wie dort durch die Rücksichtnahme auf die Gesamtheit der Beteiligten bestimmt. Deshalb erschöpft sich grundsätzlich die Aufgabe eines nach § 1961 bestellen Pflegers nicht — im Gegensatze zu der für eine einzelne Angelegenheit nach §§ 1909 Abs. 1 S. 2, 1913 angeordneten Pflegschaft und zu dem „einstweiligen besonderen Vertreter“ des § 779 Abs. 2 C. P. O. — mit der Befriedigung des den Antrag begründenden Anspruchs oder mit

---

[1]) Es wäre deshalb der Zweck des § 1961 für den Gesetzgeber auch auf dem vielleicht mancherlei Missverständnis ausschliessenden Wege erreichbar gewesen, statt der Schaffung des § 1961 dem § 1960 als Abs. 2 hinzuzufügen: „Ein Bedürfnis ist als vorliegend anzunehmen, wenn dem Nachlassgerichte das Bestehen eines klagbaren Anspruches gegen den Nachlass glaubhaft gemacht wird.“

[2]) Vgl. Mot. V 546, 554 („es handelt sich nicht um eine Vertretung ad hoc, sondern um eine vollständige Nachlasspflegschaft“), Prot. V 775 f., Planck Bem. 1, ebenso Staudinger Bem. 1, 2 zu b, Neumann Bem. I 3 b β zu § 1961, Boehm S. 270. And. Mein. z. T. Staudinger Bem. 1 zu § 1961 und bes. Dernburg § 129 N. 1. Letzterer behauptet, die nach § 1961 anzuordnende Pflegschaft sei im Grunde eine selbständige, von der des § 1960 verschiedene, „denn sie bezweckt nicht Sicherung sondern Verwaltung des Nachlasses“. Diese Auffassung leidet an einem inneren Widerspruche insoferne, als die Verwaltung des Nachlasses dessen Sicherung ja gerade in vorzüglichster Weise gewährleistet. Im Übrigen verkennt Dernburg das Wesentliche der von ihm zitierten, in der Darstellung dem Inhalte nach aufgenommenen Entscheidungen. Inkonsequent Weissler S. 104, 105, welcher einerseits behauptet, die Nachlasspflegschaft nach § 1961 sei keine Sicherungsmassnahme, und andererseits betont, auch der Antragspfleger sei ein rechter Nachlasspfleger im Sinne des § 1960, da der in § 1961 erwähnte besondere Zweck lediglich der des Gläubigers nicht der der Pflegschaft sei.

einseitiger Wahrnehmung der Gläubigerrechte;[1]) vielmehr hat er als wirklicher Sicherungspfleger das Interesse des Nachlasses im Ganzen mit Rücksicht auf die Gesamtheit der Nachlassbeteiligten wahrzunehmen. Deshalb endigt das Amt dieses Pflegers nicht schon mit Erledigung des Anspruches (§ 1918 Abs. 3), nicht auch wenn sich später ergibt, dass der Antragsteller einen Anspruch gegen den Nachlass in Wirklichkeit nicht besitzt,[2]) sondern erst durch beschlussmässige Aufhebung, und diese ist erst dann statthaft, wenn entweder nach der Gesamtlage des Nachlasses jegliches Bedürfnis entfällt oder die Erbschaftsannahme feststeht § 1919 B. G. B.[3]) Daher besteht auch für die Sicherungspflegschaft auf Antrag der besondere Gerichtsstand des Fürsorgebedürfnisses nach § 74 G. f. G.[4])

Eine richtige Würdigung des Begriffes der Antragspflegschaft muss ferner dazu führen, der Bemessung der für Anordnung derselben anfallenden Gebühren ebenso wie im Falle des § 1960 den Wert des Gesamtnachlasses zu Grunde zu legen.[5]) Für die durch eine Antragspflegschaft entstehenden Kosten, Auslagen und sonstigen Verbindlichkeiten haftet deshalb, ebenso wie für diejenigen einer Sicherungspflegschaft nach § 1960 grundsätzlich allein die Nachlassmasse. Vgl. § 1967 Abs. 2, K. O. § 224 Zffr. 4, 5, 6.[6])

Durch § 1961 ist einer der bei der Nachlasssicherung beteiligten Interessentengruppen, den Nachlassgläubigern, die Möglichkeit gegeben, behördliche Sicherungstätigkeit mit Erfolg zu beantragen. Die gleiche Möglichkeit ist den übrigen Interes-

---

[1]) Hiedurch unterscheidet sich das den Nachlassgläubigern in § 1961 in die Hand gegebene Rechtsmittel wesentlich von der auf Gläubigerantrag gewährten, einen nur einseitigen Interessenschutz gewährleistenden missio in possessionem der Erbschaftsgläubiger des römischen Rechts. Vgl. L 8 D 42. 4. L 23, 2 3 D 28. 5. und § 1 der Darst.

[2]) Vgl. Mot. V 547, Staudinger Bem. 2 zu b zu § 1961.

[3]) Über diese Konsequenzen besteht im allgemeinen Einverständnis.

[4]) And. Mein. Weissler S. 104. Rspr. II 474. Vgl. § 7 der Darst.

[5]) Wenn sich daher z B. nach § 84 Preuss. G. K. G. die Gebühren für Anordnung einer Antragspflegschaft lediglich nach der Höhe des geltend gemachten Anspruches bestimmen sollen, so entspricht dies nicht dem Wesen dieser Pflegschaft. Vgl. Mügel Anm. 1 zu § 84 l. c.

[6]) Vgl. Entsch. des L. G. Hirschberg vom 15. X. 1900. R. 1900. 491.

senten, dem gegenwärtigen Erben, den Nachberufenen, Eigengläubigern und Nachlassschuldnern verwehrt, solange ihnen nicht ein Anspruch gegen den Nachlass zusteht.[1]) Es liegt hierin nichts Unbilliges: Denn abgesehen davon, dass auch die auf Gläubigerantrag eintretende Behördentätigkeit, wie erwähnt, den Interessen aller Beteiligten zustatten kommt, wird der gegenwärtig Berufene regelmässig in der Lage sein, selbsttätig bezw. durch seinen gesetzlichen oder rechtsgeschäftlich bestellten Vertreter, ohne sich des Rechtes der Ausschlagung hiedurch notwendig entäussern zu müssen, einem etwa bestehenden Fürsorgebedürfnisse abzuhelfen.[2]) Den Nachberufenen ein dem Antragsrechte der Gläubiger ähnliches Rechtsmittel in die Hand zu geben, hiesse die Nachlassbehörde zur Dienerin materiellrechtlich nicht einmal gefestigter Einzelinteressen machen.

Wird der Antrag eines Nachlassgläubigers abgelehnt, so steht nicht nur diesem,[3]) sondern auch jedem anderen Erbschafts-

---

[1]) Ein gegenwärtig Berufener kann als Nachlassgläubiger solange nicht in Betracht kommen, als nicht die durch den Erbfall eingetretene confusio infolge erbrechtlicher Gütersonderung rückgängig geworden ist § 1976; dann aber fehlt es dem Erbberufenen, da er die Anspruchsverfolgung gegen den Verwalter oder Nachlasskonkursverwalter geltend zu machen im Stande ist, an dem in § 1961 geforderten konkreten Rechtsschutzbedürfnisse. — Dem Nacherben wird durch den Anspruch auf Erteilung eines Erbschaftsverzeichnisses ein Antragsrecht vermittelt § 2121. - Mot. V 546.

[2]) Dem Erben ein dem Antragsrechte der Nachlassgläubiger ähnliches Recht zu gewähren, wird in den Mot. mit der Begründung abgelehnt, dass die Zulassung der Nachlasspflegschaft in solchem Umfange weder innerlich berechtigt, noch ein Bedürfnis sei und mit dem in Deutschland bisher geltenden Rechte nicht im Einklange stehe. Dem Erben könne nicht die Befugnis eingeräumt werden, sich einen gesetzlichen Vertreter in Ansehung des Nachlasses durch Vermittelung des Nachlassgerichtes nach Belieben zu setzen und Dritte zu nötigen, mit einem solchen Vertreter statt mit ihnen selbst etwaige Streitigkeiten auszumachen Das Ergebnis einer solchen Vorschrift wäre, dass vermöge der dem Nachlassgerichte obliegenden Aufsicht über den Nachlasspfleger ein Ersatz für die allgemeine gerichtliche Nachlassregulierung geschaffen würde, im Widerspruche mit der Auffassung, dass nach B. G. B. eine solche Nachlassregulierung in der Regel nicht eintreten soll. Vgl. Mot. S. 544.

[3]) Einem Nachlassgläubiger steht ein Beschwerderecht nicht zu, wenn er die Einleitung einer Nachlasspflegschaft nur anregt, nicht im eigenen Interesse gemäss § 1961 beantragt. Vgl. Entsch. d. K. G. v. 10. VI. 1905,

gläubiger als rechtlich interessiert auf Grund der §§ 57 Zffr. 4, 75 G. f. G. das Recht der Beschwerde zu. Hiegegen spricht nicht die neben § 57 allerdings aufrechterhaltene Vorschrift des § 20 Abs. 2 G. f. G., wonach regelmässig die Beschwerde gegenüber der Zurückweisung eines Antrages nur dem Antragsteller selbst zukommt. Denn diese Bestimmung trifft nur die Anfechtung solcher Verfügungen, welche lediglich auf Antrag erlassen werden können. Für die Bestellung eines Nachlasspflegers aber ist ein Antrag nicht notwendige Vorbedingung: Sie findet gemäss § 1960 unter Umständen auch von Amtswegen statt und eine auf Grund des § 1961 angeordnete Nachlasspflegschaft unterscheidet sich nach Begriff, Umfang und Zweck nicht von einer nach § 1960 bestellten Erbenvertretung.[1]) Aus demselben Grunde aber steht allen anderen rechtlich an der Bestellung eines Nachlasspflegers Interessierten gegen die Ablehnung eines von Seiten eines Nachlassgläubigers gestellten Antrages auf Grund §§ 57 Zffr. 4, 75 G. f. G. das Rechtsmittel der Beschwerde zu. Insoferne wird auch dem gegenwärtig Berufenen, den Eigengläubigern und Nachlassschuldnern, nicht aber den lediglich als berechtigten Interessenten in Betracht kommenden Nachberufenen ein Antragsrecht vermittelt.

Nicht ausgeschlossen ist es endlich, dass das Nachlassgericht einen auf Grund des § 1961 gestellten Antrag wegen Mangels eines subjektiven Rechtsschutzbedürfnisses als unbegründet ablehnt und sodann gleichwohl auf Grund der vielleicht gerade durch den Antrag angeregten Überzeugung von dem Bestehen eines generellen Fürsorgebedürfnisses die Nachlassfürsorge eintreten lässt. Die rechtliche Zulässigkeit dieses Verfahrens ergibt sich aus § 18 Abs. 1 des G. f. G. und der

---

22 A 73. — Nach der Ansicht jener Schriftsteller, welche der Antragspflegschaft eine begrifflich durchaus verschiedene Stellung gegenüber der Sicherungspflegschaft des § 1960 zuschreiben, wäre den Nachlassgläubigern — abgesehen von dem Antragsteller — das Beschwerderecht gegen die Antragszurückweisung verwehrt.

[1]) Vgl. Birkenbihl zu § 20 N. 4. Schneider S. 26: Die Vorschrift des § 20 Abs. 2 trifft nur jene Fälle, in denen der Offizialbetrieb ausgeschlossen ist.

Ferner Schulze-Görlitz-Oberneck § 20 Bem. 4. Neumann Bem. 4 zu § 1961. Unzutreffend daher Staudinger Bem. 2 zu a zu § 1961. Weissler S. 107. Boschan S. 40.

vorstehend angestellten Erwägung, dass es sich bei Anordnung einer Nachlasspflegschaft um eine Verfügung, welche lediglich auf Antrag erlassen werden kann, nicht handelt; eine praktische Konsequenz dieses Verfahrens zeigt sich in denjenigen partikulären Kostengesetzen, nach welchen die Gebühren einer Sicherungspflegschaft auf Antrag nach der Höhe des geltend gemachten Anspruches, sonst aber nach der Höhe des Gesamtnachlasses sich bestimmen und ersterenfalls auch den Antragsteller, letzterenfalls lediglich die Nachlassmasse treffen.

§ 5.

Die Massnahmen der Nachlassfürsorge.

Im Gegensatze zu der enumerativen und darum erschöpfenden Bestimmung der Sicherungsvoraussetzungen in Abs. 1 des § 1960 nennt Abs. 2 lediglich exemplicativ einige Hauptbeispiele der im Einzelfalle anzuordnenden Sicherungsmassregeln (arg. „kann insbesondere“)[1]. Welche von diesen, ob diese oder andere zu treffen sind, bestimmt die Behörde für jeden einzelnen Fall nach freiem, nur durch die Rücksicht auf das konkrete Bedürfnis geleitetem Ermessen. Die vom Gesetze aufgezählten Massnahmen sind die geschichtlich gebräuchlichsten und praktisch wirkungsvollsten (daher die Hervorhebung „insbesondere“); sie sind teils tatsächlicher (Siegelung, Hinterlegung, Nachlassverzeichnung), teils rechtlicher[2] Natur (Schaffung einer vollkommenen Erbenvertretung) und können einzeln für sich oder in Verbindung miteinander angeordnet werden. Die in § 1960 Abs. 2 gegebene Aufzählung der Sicherungsmittel erscheint bei näherer Betrachtung der tatsächlichen und rechtlichen Bedeutung derselben als eine κλίμαξ. Die Unterscheidung, welche noch §§ 2058 Abs. 1, 2059 Abs. 1 des Entw. I in den Voraussetzungen für die tatsächlichen Sicherungsmittel und für Anordnung der

---

[1]) Binder a. a. O. Eine erschöpfende Aufzählung auch der Sicherungsmittel enthielt das A. L. R. I. 9 §§ 457—481; A. G. O. II. 5 § 8.

[2]) Jedoch bezieht sich diese Unterscheidung nur auf die äussere Erscheinungsform der Massnahmen; denn auch Siegelung, Hinterlegung und Nachlassverzeichnung entbehren nicht materiellrechtlicher Bedeutung und Wirkung. Vgl. § 8 der Darst.

Nachlasspflegschaft traf, ist in das B. G. B. nicht übernommen: Für jede Massnahme der Nachlasssicherung gelten gleichmässig die Voraussetzungen des § 1960 Abs. 1.

A. Die Siegelung

stellt sich dar als Verschluss und Bezeichnung einzelner oder aller Nachlasssachen mit einem amtlichen Siegel und bezweckt den Schutz des Nachlasses gegen Verdunkelung und Verschleppung sowie die Vorbereitung der Aufnahme eines zuverlässigen Inventars [1]) Der durch die Siegelung erstrebte Schutz wird gewährleistet durch die Strafnorm des § 136 R. St. G. B.: Jeder willkürliche Zugang zu den Nachlasssachen erscheint als Missachtung der staatlichen Autorität (vgl. *Liszt*, Deutsches Strafrecht § 176) und untersteht als solche öffentlicher Strafe. Die Erhaltung der den Gegenstand der Siegelung bildenden Nachlasssachen ist hiedurch in vorzüglicher Weise garantiert. Einen Schutz gegen Entwendung bietet die Siegelung an sich allerdings nicht.

B. Die Hinterlegung

vollzieht sich in der Weise, dass die Sicherungsbehörde bewegliche Nachlasssachen, zumeist Wertgegenstände [2]) an sich nimmt, diese jedoch in eigener Verwahrung nicht behält, sondern in Ansehung derselben mit einem Dritten und zwar regelmässig mit der als öffentlichen Hinterlegungsstelle nach Landesrecht bestimmten Anstalt einen Verwahrungsvertrag im Sinne der §§ 688 ff. B. G. B. abschliesst. Dass das B. G. B. in § 1960 Abs. 2 sich des Ausdruckes „Hinterlegung“ bedient, obwohl für diese nicht die auf die Hinterlegung von Seiten des Schuldners zum Zwecke der Befreiung von seiner Verbindlichkeit sich beziehenden §§ 572 ff. gelten, [3]) erklärt sich zum Teil daraus, dass

---

[1]) W. H. Puchta, Hdb. d. ger. Verf. i. S. d. freiw. Ger. (1832) II. S. 220 bezeichnet daher die Siegelung als „eine die Inventur vorbereitende Massregel“. — Siegelung innerhalb 24 Stunden nach des Erblassers Tode erübrigte nach A. L. R. I. 9 § 441 die eidliche Bestärkung eines gerichtlichen Nachlassverzeichnisses.

[2]) Bargeld, Schuldurkunden, Wertpapiere, Kostbarkeiten.

[3]) Vgl. Planck II Vorbem. 1 zu § 372 ff., Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse (1899) S. 104, Binder I S. 181.

als Verwahrer eine öffentliche Hinterlegungstelle gedacht ist (vgl. § 2058 Entw. I „öffentliche Hinterlegung"), teils daraus, dass die Hinterlegung als Sicherungsmassregel schon im Entwurf I vorgesehen war, der statt Verwahrung noch den Ausdruck Hinterlegungsvertrag gebrauchte (§§ 614 ff. E. I. — Binder a. a. O.) [1]).

Die Sicherungsmassnahme der Hinterlegung schützt die den Gegenstand derselben bildenden Nachlassobjekte auch vor Entwendung; da sie sich ihrer Natur nach zumeist auf die im Nachlasse vorgefundenen Wertgegenstände erstreckt, beugt sie gerade den empfindlichsten Vermögensverlusten vor. Zudem verbindet sich mit der Hinterlegung naturgemäss die Aufzeichnung der ihr unterworfenenen Erbschaftssachen, sodass auch diese Sicherungsmassnahme zur Vorbereitung und Unterstützung der Nachlassverzeichnung dienlich ist. [2]) Immerhin ist die Hinterlegung begrifflich nur zur Sicherung beweglicher Nachlasssachen geeignet (§ 688 B. G. B.) und hat sich schon aus praktischen Gründen auf die wertvollsten Nachlassobjekte zu beschränken.

C. Die Aufnahme eines Nachlassverzeichnisses.

Umfang und Inhalt eines Sicherungsverzeichnisses im Sinne des § 1960 Abs. 2 bestimmt sich zwar regelmässig nach der lediglich durch das konkrete Bedürfnis geleiteten Anordnung der Nachlassbehörde. Im Zweifel aber wird die Verzeichnung stets auf den Gesamtnachlass sich zu erstrecken und nach dem Begriffe des Nachlasses als eines aus aktiven und passiven Beziehungen sich zusammensetzenden Vermögens auch eine wenigstens summarische Angabe der bekanntgewordenen Nachlassverbindlichkeiten zu umfassen haben. Dann aber unterscheidet sich ein solches „Inventar" im weiteren Sinne inhaltlich

---

[1]) Übrigens enthält auch das B. G. B beim Verwahrungsvertrage noch die Ausdrücke „Hinterleger", „hinterlegte" Sache und „Hinterlegung" (Vgl. z. B. §§ 688, 691, 694).

[2]) Dieser Gedanke mag in Verbindung mit der in § 1960 Abs. 2 gewählten Kopula „sowie" Endemann III S. 355 zu der Auffassung verleitet haben, dass sich mit der Hinterlegung immer die Verzeichnung des Nachlasses verbinde, dass also der Nachlassverzeichnung die Bedeutung eines selbständigen Sicherungsmittels nicht zukomme.

nicht von dem für die Zwecke der Haftungsbeschränkung brauchbaren „Inventare“ in dem engeren Sinne der §§ 1943 f. f. 2001 ff.[1])

Die Nachlassverzeichnung bildet, zumal in ihrer Erstreckung auf den Gesamtnachlass den zuverlässigsten Schutz gegen Verdunkelung und Verschleppung des Erbschaftsbestandes, das hervorragendste Mittel zur Klarstellung des Nachlasses. Das Sicherungsverzeichnis gewährleistet, weil stets bald nach dem Todesfalle veranlasst und betätigt, die Vollständigkeit und Richtigkeit seines Inhalts in besonderem Masse.

D. Bestellung eines Nachlasspflegers.

Die Anordnung einer Nachlasspflegschaft ist die durchgreifendste und praktisch häufigste Massnahme des Nachlasssicherung und bedarf schon aus diesem Grunde einer eingehenden Erörterung; zudem bildet die rechtliche Konstruktion der Nachlasspflegschaft, die Abgrenzung des Wirkungskreises des Nachlasspflegers eine vielumstrittene Frage der modernen Erbrechtsliteratur.

Der Nachlasspfleger ist in Ansehung des Nachlasses gesetzlicher Vertreter desjenigen, welcher sich schliesslich als wirklicher und endgiltiger Erbe herausstellen wird.

Diese Begriffsbestimmung entspricht der herrschenden Meinung, steht in vollem Einklange mit der in den Materialien sowie in zahlreichen Sonderbestimmungen des B. G. B. und seiner Nebengesetze zum Ausdrucke gebrachten Auffassung des Institutes durch den Gesetzgeber[2]) und eröffnet die Möglichkeit zwangloser und befriedigender Lösung aller Streitpunkte. Die Definition bedarf zunächst einer näheren Untersuchung, Umschreibung und Begründung.

---

[1]) Vergl. auch Entsch. d. bay. O. L. G. III. 421 f. — § 15 I. S. 3 der bayer. Nachl. O.

[2]) Vgl. Mot. V 543, 544, 545, 546, 547, 548, 550, 551, 554. Prot. 8045, 8046. Planck Vorbem. zu § 1942, 5 a, Staudinger Bem. 4 b zu § 1960, Strohal § 62 V 2 und N. 48, Binder I. S. 185 ff., Dernburg S. 159, Landsberg II. 1034, Endemann § 82, 2 d, Cosack II. 377 Nr. 3, Boehm S 269, Weissler S. 103, 107, Koehne und Feist S. 150, Leske II. 249 IV, Boschan § 9, 2, R. G. 50, 394 ff., E. fr. G. III. 179 ff., Entsch. d. O. L. G. Hbg. vom 12 XII. 02. (Rsp. V. 436), des bayer. Obst. L. G. III. 481.

Im Gegensatze zu dem gemeinen Rechte und früheren Partikularrechten[1]) charakterisiert sich die Nachlasspflegschaft des B. G. B. als Personal-, nicht als Güterpflege. Es ist das Verdienst *Binder*s,[2]) die in der Literatur vielfach erörterte, nunmehr m. W. von *Hellwig*[3]) und neuerdings von *Goldschmidt*[4]) aufrecht erhaltene entgegengesetzte Ansicht in gründlicher Widerlegung erledigt zu haben. — Unzutreffend und inkonsequent ist lediglich *Binder*s Behauptung: Die rechtliche Stellung des Nachlasspflegers als curator personae ergebe sich schon aus der Fassung des § 1960 Abs. 2. Einen solchen Schluss aus der Gesetzesfassung selbst gestattete allerdings § 2059 Abs. 1 u. 2. des Entw. I: „.... inwieferne demjenigen, welcher der Erbe sein wird, ein Pfleger zu bestellen sei". *Binder* betont selbst, dass der jetzige Wortlaut des Gesetzes nur denjenigen Fällen gerecht wird, in denen ein gegenwärtig nicht Berufener, der also noch nicht Erbe ist, infolge des Wegfalles Vorberufener Erbe wird, nicht aber denjenigen, in denen ein bekannter oder unbekannter gegenwärtig Berufener, der also schon Erbe ist, durch Nichtausschlagung Erbe bleibt, obwohl doch der Nachlasspfleger Vertreter des einen wie des anderen sein müsse. *Binder* gibt deshalb der die beiden Fälle in sich schliessenden Fassung des Entw. I den Vorzug.[5]) Benützt man den Wortlaut des § 1960 Abs. 2 zum Beweise der rechtlichen Stellung des Nachlasspflegers als Personalkurator, unterstellt man also den Worten: „.... für denjenigen, welcher ...." die Bedeutung: „als Vertreter desjenigen, welcher Erbe wird" und berücksichtigt man, dass nach dieser Gesetzesfassung und dem soeben Gesagten der Nachlasspfleger wohl Vertreter desjenigen wäre, welcher nach Wegfall Vorberufener Erbe wird, nicht aber auch des-

---

[1]) Vgl. Windscheid II. 447, Unger System VI. § 7 zu N. 20.

[2]) Die Darst. folgt denn auch im Wesentlichen d. Ausführungen Binders.

[3]) Hellwig: Zivilprozessrecht I. S. 299; Anspruch und Klagerecht S. 68, 223, 248, 249 Anm. 19; Rechtskraft S. 61, 205 Anm. 8, 229 Anm. 13; Verträge auf Leistung an Dritte S 244 N. 473. Ganz der Bekämpfung des Gedankens der Personalpflegschaft ist gewidmet: Adamkiewicz: Der Rechtsbegriff der Kuratel mit Bezug auf den Entwurf eines B. G. B. Berl. 1892.

[4]) Neumanns Jahrbuch des deutschen Rechts. Jhrg. 1906. S. 481.

[5]) Wer „Erbe sein wird", kann es vorher schon gewesen sein; wer „Erbe wird", ist es vorher noch nicht gewesen. Vgl. Binder S. 193.

jenigen, welcher gegenwärtig berufen, also bereits Erbe ist (somit nicht erst Erbe werden kann) und Erbe bleibt, so ergäbe sich die Abhängigkeit der Nachlasspflegschaft von der Suspensivbedingung, dass der gegenwärtig Berufene wegfällt und an dessen Stelle ein anderer Erbe wird. Die Nachlasspflegschaft wäre also rechtlich wirkungslos, soferne der gegenwärtige Erbe die Erbschaft behielte. Durch die Unhaltbarkeit dieses Ergebnisses wird *Binder* zu dem Zugeständnisse gezwungen: Der Wortlaut des § 1960 Abs. 2 könne zu dem Beweise der Nachlasspflegschaft als cura personae nicht herangezogen werden. An anderer Stelle gibt er *Hellwig* selbst zu, dass sich die gegenwärtige Fassung des Gesetzes nicht auf die Frage beziehe, ob eine cura personae vorliege, sondern nur auf das Interesse, welches durch die Sicherungsmassnahme der Nachlasspflegschaft vornehmlich gewahrt werden soll. *Binder* unterstellt also hier mit *Hellwig* den Worten: „für denjenigen, welcher ....“ nicht die Bedeutung: „als Vertreter ....“, sondern „im Interesse desjenigen, welcher Erbe wird“. Trotzdem werden dieselben Gesetzesworte an anderem Orte von *Binder* als erstes und grundlegendes Argument zum Beweise des Satzes angeführt, dass die Nachlasspflegschaft nicht cura rei sondern cura personae sei.[1])

M. E. folgt aus der gegenwärtigen Gesetzesfassung nichts in Bezug auf die rechtliche Stellung des Nachlasspflegers als Personalkurator,[2]) sondern lediglich das Interesse, dessen Wahrung die Nachlasssicherung im allgemeinen und die Nachlasspflegschaft im besonderen in erster Linie bezweckt: Die materiellrechtlich nicht gefestigte Anwartschaft der Nachberufenenen ist es vor allem, welche im Bedürfnisfalle eine präventive Rechtsfürsorge staatlicher Organe erheischt. Die Hervorhebung dieses hauptsächlichen Sicherungsinteresses gerade bei der Nachlasspflegschaft, der Hauptsicherungsmassnahme, kann de lege lata Bedenken nicht erwecken.

---

[1]) Vgl. Binder a. a. O. einerseits S. 193, 194, andererseits S. 185.

[2]) And. Mein. Planck Vorbem. zu § 1942 III 5a; Staudinger Bem. 4b zu § 1960. Dass die in § 1960 gewählte Bezeichnung „Nachlasspfleger“ lediglich gesetzestechnische Bedeutung hat und an sich einen Schluss auf die rechtliche Stellung des Nachlasspflegers als Realkurator nicht zulassen kann, bedarf wohl keiner Erörterung. Immerhin wäre de lege ferenda die Bezeichnung „Erbenpfleger“ vielleicht empfehlenswerter gewesen.

Kann somit der Beweis für die Rechtsnatur der Nachlasspflegschaft als cura personae nicht unmittelbar aus der Gesetzesfassung geführt werden, so ergibt er sich — abgesehen von der in den Materialien zum Ausdrucke gelangten Übereinstimmung in der Auffassung des Instituts als Personalvertretung — indirekt aus den modernrechtlichen Prinzipien des Erbschaftserwerbes sowie aus der Anwendung der für den Nachlasspfleger als wirklichen Pfleger geltenden Grundsätze des Vormundschaftsrechtes.

Das dem Erbrechte des B. G. B. zu Grunde liegende System des unmittelbaren Anschlusses der Erbfolge an den Erbfall (§§ 1922 ff., 1953, 2344) schliesst die Möglichkeit eines ruhenden Erbschaftsvermögens aus: Der Nachlass ist in keinem Augenblicke herrenlos. Die rechtliche Konstruktion der Nachlasspflegschaft als cura bonorum war im römischen Rechte die notwendige Konsequenz des durch die Trennung von delatio und acquisitio bedingten Zustandes der hereditas jacens. Eine diesem Zustande scheinbar ähnliche Rechtslage ergibt sich nach modernem Rechte für den Fall, dass als Erbberechtigter ein nasciturus in Frage steht. Da dieser bis zur Geburt als Rechtspersönlichkeit nicht in Betracht kommen kann (§§ 1, 1923), hat in diesem Ausnahmefalle der Nachlass tatsächlich und rechtlich zunächst allerdings keinen Herrn: Erst mit der Geburt kann ein Vermögenserwerb stattfinden. Aber selbst wenn hierin eine Ausnahme von den modernen Erbschaftserwerbsgrundsätzen gelegen wäre, vermöchte sie in ihrer Singularität die Konstruktion der Nachlasspflegschaft schlechthin als Güterpflege nicht zu begründen. Zudem aber ist diese einzige, nur für den Fall der Lebendgeburt des nasciturus gegebene scheinbare Durchbrechung jener Grundregel durch die Fiktion des § 1923 Abs. 2 paralysiert: Die Erbschaft hat auch in diesem Falle für die bis zur Geburt des nasciturus verstrichene Zeit als herrenlos nicht zu gelten. Für eine Konstruktion des Nachlasses als eines subjektlosen „selbstständigen Sondervermögens“ fehlt es mithin im B. G. B. an jeder Grundlage,[1]) für eine Auffassung der Nach-

[1]) Appart, aber für die Nachlasspflegschaft unzutreffend sind die Ausführungen Goldschmidts (Neumanns Jahrbuch für deutsches Recht Jhrg. 1906 S. 481): Selbständige Sondervermögen sind eine Gruppe von Quasipersonen,

pflegschaft als Güterpflege theoretisch und praktisch an jeglichem Bedürfnisse.

Die Nachlasspflegschaft ist wirkliche Pflegschaft und unterliegt als solche gemäss § 1915 den Grundsätzen des Vormundschaftsrechtes.[1]) Jede vormundschaftliche Vertretung des B. G. B. aber ist Personalvertretung. (Vgl. § 1793: „Der Vormund hat .... den Mündel zu vertreten".) Darum ist es auf Grund des § 1915 auch jede Pflegschaft, denn bezüglich des Vertretungsbegriffes besimmt das B. G. B. für keine Pflegschaftsart etwas besonderes.[2]) Und deshalb muss auch der Nachlasspfleger als „wirklicher Pfleger" wie jeder familienrechtliche Vertreter Personalkurator sein. Für die Annahme, dass gerade die Nachlasspflegschaft Realvertretung sei, fehlt theoretisch jeder Anlass und in Ermangelung einer Ausnahmebestimmung jede gesetzliche Stütze.

Von einer Vertretung des Erbvermögens durch den Nachlasspfleger kann also keine Rede sein; dieses ist vielmehr lediglich das Objekt der Vertretung. Wer aber hat als vertretenes Subjekt zu gelten, in wessen Namen (§ 164 ff. B. G. B.) handelt der Nachlasspfleger?

---

d. h. von Gebilden, welche ohne Person zu sein in mehr oder weniger Beziehungen wie solche behandelt werden. Diese Personen sind ihrerseits wieder nur ein besonderer Anwendungsfall eines der grossen Grundprinzipien des Rechts, welches eben darin besteht, dass eine Gruppe von Erscheinungen wie eine andere behandelt wird, ohne dieser wesensgleich zu sein: Der Nachlasspfleger des B. G B. gehört zu den Verwaltern selbständiger Sondervermögen.

[1]) Vgl. §§ 1960, 1962 B. G. B. Der diese Beziehung der Nachlasspflegschaft zum 4. Buche des B. G. B. ausdrücklich betonende § 2060 des Entw. wurde von der II. Kommission als selbstverständlich gestrichen. Vergl. Prot. II. 7751, Denkschr. z. G. f. G. S. 56.

[2]) Hievon bilden auch der Pfleger einer Leibesfrucht sowie, obwohl selbst Binder a. a. O. S. 180 dies annimmt, der Pfleger eines Sammelvermögens nach § 1914 keine wirkliche Ausnahme. Denn Letzterer bekleidet eine ganz eigenartige, von der gesetzlichen Vertretung überhaupt völlig verschiedene Stellung: Er ist selbst fiduziarischer Eigentümer des Sammelvermögens; die Annahme eines selbstständigen Sondervermögens ist für diesen Fall ebenso unzutreffend, als die Annahme eines rechtsunfähigen Vereins aller Spender, einer Stiftung oder einer incerta persona. Vgl. Jaeger Grdr. z. C. P. R. § 23. I. 3. And. Mein. Endemann Bd. II. § 228 N. 18. Binder S. 189 ff. und And.

Zunächst kann als Vertretener nicht schlechthin der bei Anordnung der Pflegschaft zur Erbschaft Berufene in Frage stehen, da sonst die Rechtswirkungen der Vertretung auflösend davon bedingt wären, dass jener auch Erbe bleibt. Ebensowenig ferner die nach dem gegenwärtigen Erben eventuell Berufenen oder irgend eine bestimmte der nach Wegfall Vorberufener successive zur Erbschaft gelangenden Personen; denn dann läge eine aufschiebend bedingte Vertretung vor.[1]). Ein Vertretungsverhältnis endlich derart, dass der jeweils zur Erbschaft Berufene der Vertretene ist, widerstrebt dem das B. G. B. beherrschenden Grundsatze, dass jeder, der zur Erbschaft berufen infolge Ausschlagung oder Erbunwürdigkeit in Wegfall kommt, erbrechtlich als nicht vorhanden zu gelten hat, dass der Erbschaftserwerb durch den Definitiverben sich unmittelbar an den Erbfall ohne Rücksicht auf die Vorberufenen anschliesst. §§ 1953, 2346. Vertretener kann vielmehr nur derjenige sein, welcher schliesslich endgiltig Erbe bleibt, also derjenige, cuius hereditas erit. Als solcher kann unter den Voraussetzungen des § 1960 sowohl der gegenwärtige Erbe, als irgend ein Nachberufener und schliesslich in jedem Falle auch der Fiskus als letzter gesetzlicher und notwendiger Erbe in Betracht kommen. Aber solange die Erbschaftsannahme nicht feststeht, kann eine bestimmte Person aus diesem Personenkreise nur hypothetisch als vertreten gelten. Aus diesem hypothetischen Vertretungsverhältnisse ergibt sich manche nicht unwichtige Konsequenz.

Der Umstand, dass unter den Voraussetzungen des § 1960 derjenige, welcher durch den Pfleger vertreten werden soll, zunächst eine persona incerta ist, steht der Auffassung der Nachlasspflegschaft als Personalkuratel nicht im Wege. Denn das für das gemeine Recht von *Brinz* (Pand. III 517), *Windscheid* (II 447) und *Dernburg* (III 41) mit Recht hervorgehobene Unterscheidungsmoment, wonach von einer cura personae dann

[1]) Ist in Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse eines bestimmten bekannten Erbberufenen eine Fürsorge erforderlich, so verbleibt es bei den allgemeinen Grundsätzen des Vormundschaftsrechtes. Um eine Nachlasspflegschaft aber handelt es sich bei einer hiernach angeordneten Vertretung nicht. Vgl. Mot. V 543.

nicht die Rede sein könne, wenn es sich nicht um die Fürsorge für eine bestimmte Person handelt, trifft für das moderne Recht nicht mehr zu: Dem B. G. B. ist nur die Personalvertretung bekannt ohne Rücksicht darauf, ob der Vertretene eine konkret bestimmte Person ist oder nicht.[1])

Da unter den Voraussetzungen des § 1960 der Vertretene eine individuell bestimmte Person nicht ist, kann es sich bei der Nachlasspflegschaft niemals um eine Vertretung des Definitiverben in Ansehung des Eigenvermögens oder der rein persönlichen Rechtsverhältnisse desselben handeln. Hierin liegt nichts Besonderes, dem Charakter der Nachlasspflegschaft als Personalvertretung Widerstreitendes: Abgesehen von den rechtsgeschäftlichen Vertretungen kommt auch bei den Pflegschaften der § 1909 ff. möglicherweise oder notwendig nur eine vermögensrechtliche ev. auf einen bestimmten Vermögenskreis beschränkte Vertretung, nicht auch eine Vertretung rein persönlicher Rechte in Frage. Und doch handelt es sich hier überall um Personalvertretungen: Denn es ist für den Charakter einer solchen nicht der Gesichtspunkt ausschlaggebend, dass sie die zu vertretende Person in ihrer Totalität ergreift. So vertritt auch der Nachlasspfleger den Definitiverben lediglich vermögensrechtlich und zwar in umfanglicher Beschränkung auf den Kreis derjenigen Vermögensangelegenheiten, welche sich für den letzteren aus seiner rechtlichen Stellung zu der ihm angefallenen Erbschaft bezw. dem auf ihn treffenden Erbteil ergeben.[2]) Aus diesem Gesichtspunkte ergibt sich z. B. die selbstverständliche Konsequenz, dass ein gegen den Nachlasspfleger erwirktes Urteil des Vorbehalts der Haftungsbeschränkung auf den Nachlass niemals bedarf. § 780 Abs. 2 C. P. O. wäre deshalb entbehrlich und hat zu Missdeutung Anlass geboten. — *Hellwig* hat nämlich diese Bestimmung unter der Behauptung, es ergebe sich aus ihr, dass auf Grund eines gegen den Nachlasspfleger ergangenen Urteils die Zwangsvollstreckung in das Eigenvermögen des

---

[1]) So handelt es sich auch bei einer Pflegschaft für einen unbekannten Beteiligten nach § 1913 B. G. B. um eine Personalvertretung.

[2]) Insoferne zutreffend Dernburg § 129 III, der aber aus diesem Gedanken zu weitgehende Konsequenzen ableitet. Vgl. im übrigen auch §§ 2059 Abs. 1, 1743 des Entw. I: „für diese Angelegenheit . . .“.

Definitiverben nicht betrieben werden könne,[1]) zu einer Grundlage seiner Lehre benützt, dass der Nachlasspfleger keinesfalls Vertreter des Definitiverben sein könne. Allein für eine solche Auslegung des § 780 Abs. 2 fehlt im Gesetze jegliche Stütze: Hat der Vollstreckungsgläubiger nach feststehender Erbschaftsannahme gegen den Definitiverben die Vollstreckungsklausel erwirkt, so steht nichts im Wege, die Befriedigung des Anspruches auf Grund des Urteils aus dem Eigenvermögen des Erben zu suchen. Dann allerdings steht diesem, soferne er noch beschränkbar haftet, das Recht der Haftungsbeschränkung auf den Nachlass zu, ein Recht, zu dessen Verwirkung der Nachlasspfleger, weil Erbenvertreter in objektiver Beschränkung auf den Nachlass, nach der Absicht des Gesetzgebers nicht im Stande sein soll.[2])

Die Vertretungsmacht des Nachlasspflegers gründet sich nicht auf den Willen des Vertretenen (§ 167 f. f.), sondern ruht unmittelbar im Gesetze. §§ 1793, 1915, 1960. Der Nachlasspfleger ist also wie jeder Vormund, wie jeder Pfleger der §§ 1909 ff. B. G. B., wie der Nachlassverwalter und Konkursverwalter Zwangsvertreter.[3]) Der Bestellung eines Nachlasspflegers, der Ausübung der Vertretungsmacht durch diesen kann daher, solange die Voraussetzungen des § 1960 vorliegen, ein Widerstand nicht entgegengesetzt werden.

Der Begriff der privatrechtlichen Vertretung erfordert keineswegs ein ausschliesslich im Interesse des Vertretenen erfolgendes Handeln. Da nun die Bestellung eines Nachlasspflegers dem Zwecke der Nachlasssicherung dient, jede Massnahme der Nachlassfürsorge aber über die Wahrung der speziellen Interessen des Definitiverben hinaus zugleich zum Schutze aller übrigen Nachlassbeteiligten bestimmt ist, ergibt sich für den Nachlasspfleger im Gegensatze zu den vormundschaftlichen Vertretungen das Recht und die Pflicht, die Vertretungsmacht

---

[1]) Ebenso Dernburg § 129 III, Preuss. Pr. R. III § 216 Anm. 12. Dagegen Eccius IV § 236 Anm. 16.

[2]) Vgl. Mot. V 550, Strohal § 62 N. 48. Dass hievon nach der positiven Gesetzesgestaltung wenigstens theoretisch eine Ausnahme möglich ist, wird in § 8 D der Darst. gezeigt werden.

[3]) Vgl. Jaeger Grdr. d. Vollstr. R. § 21 I 1.

gleichmässig auch im Interesse der übrigen Beteiligten, deren Vertreter er nicht ist, auszuüben.[1]) Obwohl der Nachlasspfleger im Dienste von Privatpersonen steht, charakterisiert sich seine Stellung als ein Amt: Er ist nach dem Gesetze berechtigt und verpflichtet, das Verwaltungsrecht überhaupt auszuüben und zwar — und hierin gleicht seine Stellung der des Konkursverwalters — zu Gunsten entgegengesetzter Interessenkreise. Wenngleich der Nachlasspfleger, weil im Dienste von Privatpersonen stehend, als Träger eines öffentlichen Amtes im technischen Sinne nicht anzusehen ist, bekleidet er mit Rücksicht auf die unbestimmte Vielheit der Beteiligten ein der publizistischen Beamtenstellung immerhin ähnliches Privatamt.

Die Summe der aus dieser Amtsstellung fliessenden Befugnisse und Aufgaben ergibt den Wirkungskreis des Nachlasspflegers. Diesen Wirkungskreis ähnlich wie den des Testamentsvollstreckers gesetzlich abzugrenzen und im einzelnen zu bestimmen wurde als unausführbar aufgegeben.[2]) Allerdings hatte noch Entw. I in § 2060 die Bestimmung aufgenommen, dass auf die Nachlasspflegschaft die Vorschriften über die Pflegschaften Anwendung zu finden haben und in den §§ 2060—2065 einzelne Rechte und Pflichten des Nachlasspflegers gesetzlich normiert. Die Bezugnahme des § 2060 auf die Bestimmungen über die Pflegschaft wurde auf einen von der II. Kommission dahin gestellten Antrag nicht aus sachlichen Gründen, sondern als selbstverständlich gestrichen.[3]) Es haben also trotz der Streichung nach wie vor auf die Nachlasspflegschaft die § 1909 f. f. und auf Grund des § 1915 die vormundschaftsrechtlichen Bestimmungen des B. G. B. Anwendung zu finden. Diese Anwendung kann jedoch, da es sich immerhin um eine besondere Vertretungsart handelt, namentlich mit Rücksicht darauf, dass das vertretene Subjekt eine konkret nicht bestimmte Person, das Objekt der Vertretung ein Nachlass und Zweck der Ver-

---

[1]) Unzutreffend daher der Beschluss des R.-G. v. 25. I. 1902. (Seufferts Archiv 3 Folge II 297).

[2]) Mot. V 549.

[3]) Prot. 7751.

tretung die Fürsorge für die Gesamtheit der Beteiligten ist, nur eine entsprechende sein. Den Massstab der hiernach gebotenen Erweiterung oder Beschränkung des für den Vormund normierten Wirkungskreises, die sichere Umgrenzung des Vertretungsgebietes eines Nachlasspflegers ergeben Zweck und Rechtsnatur der Nachlasspflegschaft. Der Gesetzgeber hat deshalb die in §§ 2060—2065 des Entw. I noch enthaltenen, an sich selbstverständlichen Sonderbestimmungen beseitigt, durch welche der Bereich der Aufgaben und Befugnisse des Nachlasspflegers bestimmt werden sollte, tatsächlich aber in keineswegs erschöpfender Weise bestimmt wurde. Trotzdem konnte er sich nicht enthalten, z. T. im B. G. B. selbst, z. T. ausserhalb desselben für Spezialvertretungsgebiete gesetzliche Sondervorschriften zu erlassen. Geleitet von der ausgesprochenen Absicht, in wichtigen Beziehungen Zweifel nicht bestehen zu lassen,[1]) hat er an sich selbstverständliche Normen getroffen, aber gerade dadurch in einigen wichtigen Beziehungen erhebliche Missverständnisse verursacht und das Prinzip der Generalvertretung des Nachlasspflegers verdunkelt.

Die rechtliche Stellung des modernen Nachlasspflegers geht über den Wirkungskreis des römisch-rechtlichen curator hereditatis jacentis weit hinaus.[2]) Die Befugnisse des letzteren waren zeitlich und sachlich überaus begrenzt: Es stand ihm lediglich die sog. custodia bonorum zu, d. h. er konnte nur diejenigen Handlungen vornehmen, welche zur Erhaltung des Nachlasses in seinem tatsächlichen Bestande erforderlich waren (Verwahrung, Schadensabwendung). Veräusserungen von Nachlassgegenständen waren ihm nur zum Zwecke der Schuldenzahlung oder zur Erhaltung des Wertbetrages, die gerichtliche Vertretung des Nachlasses nur bei Gefahr auf Verzug gestattet. Sobald die Person des Berufenen bekannt wurde, erreichte die cura hereditatis jacentis ihr Ende. Während das römische Recht mit einer gewissen Ängstlichkeit die diesem Institute gesteckten engen Schranken behütete, hat die gemeinrechtliche Praxis den Nachlasskurator zu einem unmittelbaren gerichtlichen und aussergerichtlichen Vertreter erhoben und seine Befugnisse je nach

[1]) Vgl. Mot. V 551, 552.

[2]) Für das Folgende vgl. Kober Bl. f. R. A. XII. Erg. Bd. S. 97 ff.

Bedürfnis des Einzelfalles den Rechten eines Rechtsnachfolgers des Verstorbenen angeglichen. Durch Gerichtsgebrauch wurde aus Zweckmässigkeitsgründen der ehedem bestehende Gegensatz zwischen der cura minus plena des curator bonorum und der cura plena des curator personae immer mehr abgeschwächt. Zweifellos sind es Nachwirkungen der ehedem nach römischem und gemeinem Rechte bestehenden Beschränkungen der Befugnisse des Nachlasskurators, welche eine Reihe moderner Schriftsteller dazu bestimmt haben, dem Nachlasspfleger des B. G. B. eine freiere Stellung zu bestreiten.[1])

Der Nachlasspfleger des modernen Rechts ist als gesetzlicher Vertreter des Definitiverben in Ansehung des Nachlasses verwaltungsbefugt[2]) und grundsätzlich nach aussen hin nur denjenigen Beschränkungen unterworfen, welche ihm durch das Gesetz oder vom Nachlassgerichte nach vormundschaftsrechtlichen Grundsätzen auferlegt sind (§§ 1793 f. f. 1804 f. f. 1795 f. 1915, 1962). Von solchen Beschränkungen abgesehen gibt es kein Recht des Definitiverben in Ansehung des Nachlasses, welches dem Nachlasspfleger der Ausübung nach nicht zustünde. Naturgemäss aber kann diesem das Nachlassverwaltungsrecht auch nur in demselben Umfange der Ausübung nach zukommen, in welchem es für den Definitiverben selbst besteht. Darum geht es einerseits zu weit, wenn *Binder* S. 197 schlechthin behauptet, der Nachlass-

[1]) Vgl. die in § 1 der Darst. cit Pand.-Stellen; Dernburg Vormundsch. 1. Aufl. S. 222, Windscheid II 447, Brinz III 518, Dernburg Pand. III 158, Roth-Becher § 422 II 2, Kober, Zur gemeinrechtlichen Lehre vom Nachlasskurator, Bl. f. R. A. XII. Erg. Bd. S. 97 ff. Rechtsnatur, Aufgaben und Befugnisse des Nachlasspflegers des bish. preuss. Rechtes (A. L. R. I, 9, 471 ff. 359, I 17, 159; V. O. v. 5. VII. 1875 § 89) waren überaus bestritten.

[2]) Aus der Gegenüberstellung der Nachlasspflegschaft des § 1960 f. und der Nachlassverwaltung der §§ 1975, 1981 ff. sowie aus der gesetzestechnischen Bezeichnung der letzteren könnte geschlossen werden, dass einem nach § 1960 f. bestellten Nachlasspfleger die Nachlassverwaltung nicht zustehen solle. Die Nachlassverwaltung erscheint jedoch inhaltlich nur als eine Unterart oder Abart der Nachlasspflegschaft, zu dem besonderen Zwecke geregelter Befriedigung der Nachlassgläubiger und hat ihre eigenartige Bezeichnung erst in der Bundesratsvorlage (§ 1952; sie fehlt noch in § 1850 des Entw. II) erhalten. (Vgl. auch Binder a. a. O.)

pfleger sei immer zur Nachlassverwaltung befugt; andererseits aber ist es auch selbstverständlich, was *Strohal* § 62 Nr. 51 hervorzuheben für nötig erachtet, dass der lediglich für einen Miterben bestellte Nachlasspfleger zur Verwaltung nicht des Gesamtnachlasses sondern nur des auf jenen Miterben treffenden Erbteils, d. h. nur zur Mitverwaltung berufen ist (§§ 1922 Abs. 2, 2038), dass ferner auch dem Nachlasspfleger das Verwaltungsrecht nicht zusteht, wenn und soweit der von ihm vertretene Definitiverbe durch das Vorhandensein eines nachlassverwaltenden Testamentsvollstreckers, durch Anordnung der Nachlassverwaltung oder Eröffnung des Nachlasskonkurses selbst in der Verwaltung des Nachlasses beschränkt ist (§§ 2211 u. ff., 1984 B. G. B., 6 K. O.).

Mit Rücksicht darauf, dass der Nachlasspfleger Verwalter eines fremden Vermögens ist, ist seine Verwaltungsbefugnis gesetzlichen Beschränkungen unterworfen und zwar denselben Schranken, denen die vormundschaftliche Vertretung in Ansehung des Mündelvermögens unterliegt. Sie gehen teils dahin, dass er gewisse Verwaltungshandlungen überhaupt nicht vornehmen kann, teils dahin, dass er zur Vornahme der nachlassgerichtlichen Zustimmung bedarf.[1]) Hier wie im Vormundschaftsrechte war für den Gesetzgeber der Gedanke ausschlaggebend, dass die grundsätzliche Zuerkennung absolut unbeschränkter Verwaltungsbefugnis an den Verwalter eines fremden Vermögens unter Umständen Gefahren für die durch die Vertretung zu schützenden Interessen in sich berge. Verwaltungshandlungen, welche der Nachlasspfleger unter Überschreitung der ihm gesetzlich oder nachlassgerichtlich gesteckten Schranken vornimmt, sind unwirksam oder begründen, soferne es sich um die Nichteinholung der erforderlichen nachlassgerichtlichen Zustimmung zu einem Vertragsabschlusse handelt, lediglich eine schwebende, bedingte Wirksamkeit. Gerade bei einer Reihe der wichtigsten Nachlassgeschäfte ist die Verwaltungsbefugnis

[1]) Vgl. §§ 1795 f. 1804 ff. 1821 ff. 1915, 1962. (Vgl. auch § 2205).

des Nachlasspflegers durch die Notwendigkeit nachlassgerichtlicher Zustimmung[1]) beschränkt.

Der Nachlasspfleger — wiewohl nach aussen hin zu grundsätzlich unbeschränkter Verwaltung des Nachlassvermögens berechtigt — ist innenrechtlich, d. h. in seinem Verhältnisse zum Definitiverben verpflichtet, das Recht der Nachlassverwaltung unter Würdigung der Lage des Einzelfalles und des Pflegschaftszweckes auszuüben. Verletzungen dieser Pflicht begründen zwar nicht die Unwirksamkeit einer Verwaltungshandlung, machen aber den Pfleger für einen hieraus erwachsenen Schaden dem Definitiverben gegenüber ersatzpflichtig §§ 1833, 1915. Nur insoferne ist es zutreffend, wenn *Dernburg* § 129 II hervorhebt, der Umfang der Verwaltungsbefugnis des Nachlasspflegers bestimme sich nach der voraussichtlichen Pflegschaftsdauer mit der Massgabe, dass die Verwaltung auf dringliche Massnahmen sich zu beschränken habe, wenn zu erwarten sei, dass sich in nicht allzu langer Frist herausstellen werde, wer endgiltiger Erbe wird; dass dagegen eine umfassendere Verwaltung geboten sei, wenn sich die Frage, wer der Erbe wird, in kurzer Zeit voraussichtlich nicht lösen lasse. Für das Innenrechtsverhältnis verschiebt sich mithin im Rahmen der gesetzlichen Verwaltungsbefugnis der Wirkungskreis des Nachlasspflegers je nach Lage des Einzelfalles.

Aus dem nachlasspflegschaftlichen Wirkungskreise sollen im Folgenden einzelne Befugnisse und Aufgaben gesondert angeführt und gewürdigt werden.

Zunächst obliegt dem Nachlasspfleger — und hierin stimmt seine Aufgabe mit der des curator hereditatis jacentis überein — die Erhaltung des Nachlasses in seinem Wertbestande:[2]) Er hat, soferne erforderlich, die Nachlassgegenstände in Besitz und Verwahrung zu nehmen und alle tatsächlichen Massnahmen zu

---

[1]) Einer Zustimmung der Beteiligten, etwa des gegenwärtigen Erben, bedarf der Nachlasspfleger in keinem Falle; allerdings steht neben ihm der Erbe und kann selbst alle Verwaltungshandlungen wirksam vornehmen. Vgl. § 8 D der Darst., Mot. V 553 Abs. 3 a. E. Baron Arch. f. civ. Pr. 75, 248 N. 43.

[2]) Planck Bem. 5 c zu § 1960, Binder S. 194; Entsch. d. K. G. Rspr. VIII. 269.

treffen, welche notwendig sind, um einen dem Nachlasse drohenden Schaden abzuwenden. Nach vormundschaftsrechtlichen Grundsätzen ist er verpflichtet, zum Nachlasse gehörige Gelder und Wertpapiere zu hinterlegen (§§ 1806 ff., 1914 ff.), sowie den Nachlass zu verzeichnen und das Verzeichnis mit dem Vermerke der Richtigkeit und Vollständigkeit dem Nachlassgerichte einzureichen.[1])

M. E. ist es nicht nur rechtlich zulässig, sondern zumeist auch zweckmässig, dass der Nachlasspfleger die ihm als solchen obliegende Verzeichnung des Nachlasses den strengeren formellen Erfordernissen der §§ 2001 ff., welche für das zum Zwecke der Haftungsbeschränkung bestimmte Inventar gegeben sind, entsprechend betätigt. Die Vorteile dieses Verfahrens liegen auf der Hand: Ein solches Nachlassverzeichnis garantiert allen Beteiligten die Richtigkeit und Vollständigkeit seines Inhaltes in weit höherem Masse als eine Privataufstellung, erspart[2]) dem Definitiverben ev. nochmalige Inventurkosten, verschafft ihm den Nachlassgläubigern gegenüber die Vermutung des § 2009, schützt ihn vor Schadensersatzansprüchen und Haftungen nach §§ 1978—1980 oder bietet ihm wenigstens Material zur Verteidigung gegen solche Ansprüche und ist geeignet, die Haftungsbeschränkung auf den Nachlass vorzubereiten. Wird späterhin seitens eines Nachlassgläubigers der Antrag auf Bestimmung einer Inventarfrist gestellt, so genügt nicht nur die Bezugnahme des Definitiverben auf jenes vom Pfleger errichtete Inventar (§ 2004) zur Abwendung der unbeschränkten Haftung, es wäre vielmehr eine solche Bezugnahme überflüssig und, da der Nachlasspfleger als gesetzlicher Vertreter des Definitiverben auch zur Ausübung der diesem gemäss § 1993 zustehenden Berechtigung freiwilliger Inventarerrichtung befugt ist, jener Gläubigerantrag als gegenstandslos abzulehnen.[3]) Durch dieses Verfahren genügt

---

[1]) Mot. V 548, 549, §§ 1802, 1915, 260 B. G. B.

[2]) Für die Entgegennahme eines aus Anlass einer Nachlasssicherung eingereichten Inventars werden z. B. nach bayer. Geb. Gesetze Gebühren überhaupt nicht erhoben. Vgl. § 105 des bayer. Geb. Ges. in der Fassung vom 9. VIII. 1902.

[3]) Planck Bem 1, Staudinger Bem. 2 zu § 1993, Hachenburg Vortr. S. 666.

also der Nachlasspfleger nicht nur seiner privatamtlichen Inventurpflicht, sondern er sichert zugleich dem Definitiverben die Beschränkungseinrede und ermöglicht auch den übrigen Nachlassbeteiligten, vor allen den Nachlassgläubigern eine zuverlässige Einsicht in den Nachlassbestand §§ 2010 B. G. B., 34 G. f. G. Soferne die Verzeichnung des einer Nachlasspflegschaft unterliegenden Erbvermögens — und um solche Fälle wird es sich bei dieser Pflegschaft nicht selten handeln — Schwierigkeiten bietet, wird der Pfleger aus eigenem Antriebe oder auf Anordnung des Nachlassgerichts (§ 1802 Abs. 2 und 3) inventurbeamtliche Hilfe regelmässig ansprechen; eine inhaltliche Verschiedenheit zwischen dem vom Nachlasspfleger als solchen zu errichtenden privatamtlichen Nachlassverzeichnisse gemäss § 1802 und dem zum Zwecke der Haftungsabwendung bestimmten Inventare besteht aber nicht, da als Vermögensverzeichnis jenes wie dieses die Nachlassaktiva und -Passiva vollständig anzugeben hat (§ 2001) und, nachdem Erbfall und Pflegschaftsanordnung nach Anlass und Zweck der letzteren zeitlich regelmässig sehr nahe beisammen liegen werden, eine Differenz zwischen dem bei Eintritt des Erbfalles (§ 2001) und dem bei Anordnung der Pflegschaft (§ 1802) vorhandenen Nachlassvermögen nicht leicht auftreten wird. Zudem aber handelt es sich bei den nach § 2001 aufgestellten Erfordernissen lediglich um Ordnungsvorschriften, deren Übergehung einem im übrigen formgerechten Nachlassverzeichnisse die Inventarwirkungen nicht nimmt.[1]) M. E. würde sich der Nachlasspfleger, welcher zur Anfertigung des von ihm auf Grund des § 1802 einzureichenden Nachlassverzeichnisses der Hilfe eines nicht zur Aufnahme eines Inventars im Sinne der §§ 1993 ff., 2002 zuständigen Organs sich bedient, sodass ev. der Definitiverbe gezwungen wäre, zur Abwendung der unbeschränkten Haftung unter neuen Kosten die Inventarerrichtung zu betätigen, eines Verstosses gegen die Verpflichtung ordnungsmässiger Nachlassverwaltung schuldig

[1]) Die Befugnis des Nachlasspflegers zur Ausübung des Rechtes freiwilliger Inventarerrichtung im Namen des Definitiverben (§ 1993) lässt sich nach der Rechtsnatur der Nachlasspflegschaft und auf Grund der positivrechtlichen Bestimmungen des Inventarrechts nicht bestreiten. Vergl. im übrigen § 8 D der Darst. und Staudinger Bem. 3 zu § 1993.

machen und wäre dem Definitiverben für den doppelten Kostenaufwand ersatzpflichtig §§ 1833, 1915. Käme es unter dieser Voraussetzung zur erbrechtlichen Vermögensabsonderung, so wäre, da die Inventarkosten Nachlassverbindlichkeiten und im Nachlasskonkurse Masseschulden sind (§ 1967 Abs. 2 B. G. B., K. O. § 224 Ziffer 4), somit der Gesamtheit der Nachlassgläubiger zur Last fallen, diesen gemäss § 1978 für jene unnötig verursachten Kosten Ersatz zu leisten. Erwähnt sei endlich, dass der Nachlasspfleger auf Grund seiner rechtlichen Stellung als Erbenvertreter befugt ist, das dem Definitiverben zustehende Recht, beim Nachlassgerichte den Antrag auf amtliche Inventarerrichtung zu stellen, in dessen Namen auszuüben. M. E. erübrigt ein solcher Antrag, wenn er sich durch die Vermögenslage des Nachlasses rechtfertigt, die Erfüllung der privatamtlichen Inventurpflicht § 2003.[1])

Aus dem Gesichtspunkte, dass die Nachlasspflegschaft mehr wie jede andere Art der Pflegschaft nach Anlass und Zweck nur für die Dauer eines vorübergehenden rechtlichen Schwebezustandes angeordnet ist, erwächst dem Nachlasspfleger eine besondere, den vormundschaftlichen Vertretungen fremde Aufgabe: Er hat zur Beseitigung dieses Schwebezustandes, zur Klarstellung und Konsolidierung der Erbrechtsverhältnisse nach Möglichkeit beizutragen. Diese Aufgabe erfüllt er dadurch, dass er die Erbberechtigten ermittelt,[2]) diesen von Anfall und Berufungsgrund Kenntnis gibt und dadurch die Ausschlagungsfrist in Lauf setzt, sowie zur Erkundung der Tatsache, ob die Erbschaft in Folge einer pro herede gestio oder Versäumung der Ausschlagungsfrist als angenommen zu

---

[1]) Im Vorstehenden ist durchweg vorausgesetzt, dass die Sicherungsbehörde das ordentliche Nachlassgericht ist. Im Falle einer auf Grund des § 74 G. f G. angeordneten Nachlasspflegschaft treffen die Erörterungen, solange die Abgabe der Pflegschaft an das ordentliche Nachlassgericht nicht erfolgt ist, nicht zu. Vgl. § 7 der Darst.

[2]) Selbst der Pfleger eines unbekannten Beteiligten nach § 1913 B. G. B. hat nicht die Aufgabe, den Unbekannten zu ermitteln. Vgl. Fischer-Henle Bem 3 a. E. zu § 1913.

gelten hat, tätig wird.[1]) Im Gesetze ist diese Verpflichtung des Nachlasspflegers im Gegensatze zu A. L. R. I. 9. § 476 ausdrücklich nicht normiert; sie ergibt sich aber mittelbar aus § 1964 und zweifellos aus dem Zwecke der Nachlasspflegschaft.

Bestritten ist die Frage, ob der Nachlasspfleger den Antrag auf Erbscheinserteilung stellen kann. Zunächst ist der Auffassung *Weisslers*[2]) zu widersprechen, es müsse dem Nachlasspfleger als solchen das selbstständige Recht des Erbscheinsantrages zum Zwecke des Abschlusses seiner Ermittlungstätigkeit zustehen. Denn für die Zuerkennung eines Antragsrechtes zu diesem Zwecke fehlt es schon an jedem Bedürfnisse, da die Frage, ob nach dem Ergebnisse der Ermittelungen der wirkliche Erbe erkundet ist und die Erbschaftsannahme durch diesen feststeht, dem freien Ermessen der Nachlassbehörde untersteht; die Bejahung dieser Frage zwingt das Nachlassgericht zur Pflegschaftsaufhebung, ohne dass ein Erbeslegitimationsverfahren vorangegangen sein müsste. Zudem aber kann in Ermangelung gesetzlicher Anerkennung von einem selbständigen, nicht aus der Person des Erben hergeleiteten Antragsrechte des Pflegers keine Rede sein, weil dieses als ein unmittelbar im Erbrechte wurzelndes Recht dem Erben allein zusteht.[3]) Die Ausübung dieses Rechtes ist allerdings in einigen gesetzlich bestimmten Spezialfällen dritten Personen zuerkannt und steht ohne weiteres dem gesetzlichen Vertreter des Erben zu. Der Begriff der Nachlasspflegschaft als gesetzlicher Erbenvertretung führt mithin zu dem Ergebnisse, dass dem Nachlasspfleger die Legitimation zur Ausübung auch dieses Erbenrechtes nicht bestritten werden kann. Gegen die vorbehaltslose Behauptung aber, der Nachlasspfleger müsse jederzeit einen Erbschein erwirken können, da die ihm seitens des Nachlassgerichts ausge-

---

[1]) Bezüglich dieser Ermittelungsaufgabe gleicht der Nachlasspfleger des B. G. B. dem lediglich zum Betriebe des Abhandlungsgeschäftes bestellten Verlassenschaftskurator des österr. Rechts — Es liegt im eigenen Interesse des Nachlasspflegers, durch Beseitigung der Anordnungsvoraussetzung, d. h. durch Feststellung der Erbschaftsannahme die amtliche Aufhebung der Pflegschaft zu veranlassen, um sich hiedurch von den ihm aufgebürdeten (§§ 1788, 1836, 1915) privatamtlichen Pflichten zu befreien.

[2]) Weissler N. V. S. 110.

[3]) Jacubetzky R. 1901, 575 ff. Esslinger S. 36, 37.

händigte Bestallung weder eine Vermutungswirkung für den Erbrechtsbestand noch einen Schutz gutgläubiger Dritter begründe,[1]) der Pfleger daher den Erbschein für den rechtsgeschäftlichen Verkehr in Ansehung des Nachlasses benötige, sprechen erhebliche Bedenken. Solange die Erbschaftsannahme nicht feststeht, ist der Nachlasspfleger Vertreter des konkret noch nicht bestimmten Erben mit der privatamtlichen Aufgabe, den wirklichen und endgiltigen Erben zu ermitteln. Würde man nun dem Pfleger schlechthin die Fähigkeit wirksamer Antragsausübung zusprechen, so hätte es dieser in jedem Falle in der Hand, durch den Erbscheinsantrag die ihm obliegende Ermittelungspflicht auf das Nachlassgericht zu überwälzen, da dieses auf Grund des in § 12 G. f. G. ausgedrückten Legalitätsprinzipes von Amtswegen zur Ermittelung und Feststellung der für die Erbscheinserteilung erforderlichen Tatsachen (Erbrecht und Erbschaftsannahme) verpflichtet ist § 2359. Nun aber ist gerade für das Erbscheinsverfahren das die freiwillige Rechtspflege beherrschende Offizialprinzip wesentlich durch die §§ 2354—2357 B. G. B. eingeschränkt. In erster Linie hat stets der Antragsteller selbst dem Gerichte die Grundlagen der Erbscheinserteilung zu erbringen, er ist für die im Gesetze geforderten Angaben — eigenes Erbrecht und Erbschaftsannahme[2]) — beweispflichtig.[3]) Bleibt er die nach dem Gesetze zu liefernden Beweise, die er nach richterlicher Überzeugung liefern könnte, dem Nachlassgerichte schuldig, so muss dieses die Erteilung des Erbscheines ablehnen, ohne in eigene Ermittelungen einzutreten; denn es geht nicht an, durch eine Überspannung der dem freiwilligen Rechtspflegeverfahren zu Grunde liegenden Offizialmaxime die private Verpflichtung der Antragssubstanzierung der Nachlassbehörde zu überbürden. Ein Erbscheinsantrag des Nachlasspflegers ist mithin, solange dieser wegen Vorliegens der Voraussetzungen des § 1960 zur Erbringung der Antragsgrundlagen ausser Stande ist, als zur Zeit unbe-

---

[1]) Vgl. Fischer-Henle Bem. 1 zu § 1791.

[2]) Vgl. § 2357 Abs. 3, Prot. V 678, Fischer-Henle Bem. 3 zu § 2357, Entsch. d. K. G. Rspr. V S. 124 ff.

[3]) Allerdings nicht im zivilprozesslichen Sinne; zutreffend Weissler S. 40. 9.

gründet abzulehnen. Ist aber trotz feststehender Erbschaftsannahme die Pflegschaftsaufhebung aus irgend einem Grunde noch nicht erfolgt, so kann allerdings dem von Seiten des Nachlasspflegers gestellten Antrage, da einerseits seine Vertretungsmacht nach wie vor bis zur Pflegschaftsaufhebung fortbesteht, andererseits nunmehr die zur Substanzierung des Erbscheinsantrages erforderlichen Angaben ihm ermöglicht sind, stattgegeben werden.[1]) Zuzugeben ist endlich, dass der Nachlasspfleger ohne Rücksicht darauf, ob die Annahme des den Gegenstand der Pflegschaft bildenden Erbvermögens feststeht oder nicht, soferne sich in dem seiner Verwaltung unterliegenden Nachlasse eine auf den Erblasser übergegangene Erbschaft befindet, in Ansehung dieser Erbschaft zum Antrage auf Erteilung eines auf den Namen des Erblassers lautenden Erbscheines berechtigt ist.

Der Wirkungskreis des modern-rechtlichen Nachlasspflegers ist jedoch nicht auf diese lediglich der Erhaltung und Feststellung des Erbvermögens sowie der Erbenermittelung bezweckenden Tätigkeiten beschränkt. Er umfasst im Gegensatze zu dem durch die Zwecke der custodia begrenzten Rechtskreise des curator her. jac. auch die gesamte administratio d. h. die generelle Befugnis der Nachlassverwaltung in allen mit dem Rechtsbegriffe der Nachlasspflegschaft verträglichen Beziehungen. Der Nachlasspfleger kann mit Wirkung für und gegen

---

[1]) Insoferne zu weitgehend Strohal II S. 135, Dernburg § 159 V 5 und Boschan I S. 39 f. Letzterer bestreitet dem Nachlasspfleger die Ausübung des Antragsrechtes schlechthin, indem er von der doppelt irrigen Ansicht ausgeht, 1. der Nachlasspfleger sei nicht Vertreter des Erben (vgl. dagegen desselben Schriftstellers II. Teil der „Nachlasssachen“ S. 31), 2. (in Übereinstimmung mit Dernburg S. 361) sein Amt dauere nur solange, als der Erbe unbekannt ist. Insoferne zutreffend Weissler S. 209 und Esslinger S. 46. Übrigens irrt Esslinger, wenn er, wie aus der Verweisung auf die Mot. hervorgeht, meint, die Mot. V 563 behandelten die Frage der Antragslegitimation des Nachlasspflegers. An der zitierten Stelle handelt es sich vielmehr nur darum, ob während der Dauer einer Nachlasspflegschaft überhaupt, also zunächst auf Erbenantrag ein Erbschein erteilt werden könne, und um den überaus selbstverständlichen Gedanken, dass vor Ermittelung des Erben und vor feststehender Erbschaftsannahme ein Erbschein nicht ausgestellt werden darf. (Vgl. Binder a. a. O.)

den Definitiverben bewegliche und unbewegliche Gegenstände erwerben, veräussern und belasten, Bucheintragungen[1]) bewilligen, Verbindlichkeiten eingehen,[2]) Nachlassforderungen kündigen und einziehen,[3]) Nachlassschulden berichtigen. Er ist ferner befugt und je nach der Vermögenslage des Nachlasses verpflichtet, gegenüber den andringenden Nachlassgläubigern die aufschiebenden Einreden (§ 2017, 2014 f.), sowie die Unzulänglichkeitseinrede (§ 1990 f.) geltend zu machen, Gläubigeraufgebot, Nachlassverwaltung und Nachlasskonkurs zu beantragen (§ 991 Abs. 2 Z. P. O., 217 K. O.). Er kann ferner auf Grund §§ 175 Abs. 1 S. 2 Zw. V. G., 991 Abs. 2 Z. P. O. den Antrag auf Zwangsversteigerung eines zum Nachlasse gehörigen Grundstückes stellen und zwar trotz des Wortlautes des § 175 Abs. 1 S. 1 selbst vor feststehender Erbschaftsannahme: Als Anfangstermin dieser Antragsbefugnis hat per analog. § 2017 der Zeitpunkt der Pflegschaftsbestellung zu gelten.[4]) Auch ist er, wenn in Ansehung eines Nachlassgegenstandes eine strafbare Handlung verübt wurde, zur Stellung des Strafantrages befugt.[5]) Er ist endlich berechtigt und nach Umständen verpflichtet, den letzten Willen des Erblassers in Vertretung des Erben zur Ausführung zu bringen, Vermächtnisse auszuteilen, Auflagen zu erfüllen, ev. die erforderliche staatliche Genehmigung zu einer letztwillig errichteten Stiftung einzuholen; nicht selten aber wird es gerade seine Pflicht sein, mit der Ausführung letztwilliger Verfügungen zurückzuhalten.[6])

---

[1]) Hiebei sieht das Gesetz von dem Erfordernisse vorheriger Eintragung der Person des Erben als Passivbeteiligten ab. Vgl. § 41, 40 G. B. O., 111 Abs. 2 G. f. G. Dernburg S. 359, K G. 8, 60.

[2]) Diese vom Pfleger eingegangenen Verbindlichkeiten bilden Nachlassverbindlichkeiten im Sinne des § 1967 Abs. 2. Vgl. § 2092 Abs. 2 Entw. I; Mot. V 548, K. O § 224 Ziffer 5.

[3]) Hiezu bedarf er auf Grund §§ 1812, 1915, 1962 nachlassgerichtlicher Genehmigung. Vgl. Entsch. d. O. L. G. Kiel v. 3 XI. 1903. Rspr. VIII 367.

[4]) Vgl. auch Weissler S. 109.

[5]) Entsch. d. R. G. in Strafs. 8, 112.

[6]) Vgl. Mot. V 548, Binder I S. 203. In letzterer Beziehung unterscheidet sich der Wirkungskreis des Nachlasspflegers wesentlich von dem eines Testamentsvollstreckers, dem der Vollzug des letzten Willens als wichtigste Aufgabe obliegt § 2203.

Die Entscheidung der Frage, welche Stellung der Nachlasspfleger zur Auseinandersetzung einnimmt, hängt nicht untrennbar mit der Lösung der zwischen *Strohal* und *Binder* bestehenden Streitfrage zusammen, ob überhaupt vor feststehender Erbschaftsannahme durch alle Miterben die Auseinandersetzung zulässig sei.[1]) Jedenfalls ist auch im Falle einer Nachlasspflegschaft jede Erbteilung schlechthin dann ausgeschlossen, wenn einer der Fälle des § 2043 f. vorliegt. Ferner kann von einem selbstständigen, lediglich aus der Amtsstellung, nicht aus der Vertretung hergeleiteten Befugnis oder Verpflichtung des Nachlasspflegers zur Vornahme der Auseinandersetzung in Ermangelung einer besonderen Gesetzesbestimmung nicht die Rede sein: Eine solche besteht nur für den Testamentsvollstrecker (§ 2004). Es kann also seitens des Nachlasspflegers, wenn überhaupt, die Erbteilung nur in Ausübung des den vertretenen Miterben zustehenden Auseinandersetzungsanspruches (§ 2042) betätigt und verlangt werden. Nun aber kann m. E., soferne sich die Nachlasspflegschaft auf die Gesamterbschaft erstreckt, von einer Auseinandersetzungsbefugnis des Nachlasspflegers selbst dann nicht gesprochen werden, wenn die Erbschaftsannahme durch alle Miterben feststeht; denn der Auseinandersetzungsanspruch ist ein durch die Erbengemeinschaft begründetes, lediglich im Innenrechtsverhältnisse gegenenüber den einzelnen Miterben wirksames Individualrecht. Der für die Gesamterbschaft bestellte Nachlasspfleger kann aber logischerweise zur Ausübung nur derjenigen Rechte befugt sein, welche den Definitiverben in ihrer Gesamtheit als Gesamtrechte zustehen. Anders verhält es sich freilich, wenn der Nachlasspfleger lediglich in Ansehung eines bestimmten Erbteils bestellt ist. In diesem Falle ist der Nachlasspfleger als Vertreter desjenigen, der sich in Ansehung des den Gegenstand der Pflegschaft bildenden Erbteils als Miterbe herausstellt, in das zwischen diesem und den übrigen Miterben bestehende Innenrechtsverhältnis eingetreten und mithin auch zur Ausübung des hieraus sich ergebenden Auseinandersetzungsanspruches befugt. Lässt sich also in diesem Falle die aktive und passive Legitimation des Nachlasspflegers bezüglich der

[1]) Eine Erörterung dieser Streitfrage würde den Rahmen der gegenwärtigen Darst. überschreiten.

Geltendmachung dieses Anspruches nicht bestreiten, so ist die weitere Frage, ob die Erbteilung, weil die Annahme durch alle Miterben noch nicht feststeht, auch rechtlich zulässig sei, zu verneinen oder zu bejahen, je nachdem man sich der Ansicht *Binder*s oder *Strohal*s anschliesst. Sie ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn die Erbschaftsannahme durch die nicht vertretenen Miterben bereits erfolgt ist; denn der Mangel der Annahme durch den vertretenen Miterben kann nach dem Begriffe des Nachlasspflegers als Vertreters des Definitiverben nicht in Betracht kommen. Im übrigen verdient m. E die von *Binder*[1]) vertretene, auch durch Zweckmässigkeitsgründe sich rechtfertigende, durch eine positive Gesetzesvorschrift allerdings nicht gestützte Theorie den Vorzug, zumal ihr die gegenteilige Ansicht *Strohal*s[1]) in der unbestimmten Formulierung entgegentritt: Der Umstand allein (!), dass ein (!) Miterbe die Erbschaft noch nicht angenommen hat, stehe der Vornahme der Auseinandersetzung nicht entgegen. M. E. lässt sich die Binder'sche Ansicht, ohne ihr sachlich Gewalt anzutun, dahin erweitern, vielmehr klarstellen: Die Auseinandersetzung ist nur unter definitiven Miterben oder deren Vertretern zulässig. Aus dem Begriffe der Nachlasspflegschaft als Vertretung des Definitiverben folgt sodann, dass soferne in Ansehung eines Erbteils ein Nachlasspfleger bestellt ist, bezüglich der übrigen Miterben aber die Erbschaftsannahme feststeht oder für diese gleichfalls eine Nachlasspflegschaft angeordnet ist, der Auseinandersetzungsanspruch von und gegenüber dem Nachlasspfleger geltend gemacht und der Antrag auf nachlassgerichtliche Auseinandersetzungsvermittelung (§ 86 Abs. 2 G. f. G.) gestellt werden kann. Dieses Ergebnis kommt gleichzeitig den von *Strohal* gegenüber der Binder'schen Ansicht geäusserten Bedenken nicht unwesentlich entgegen.[2])

---

[1]) Vgl. Binder III S. 236–240; Strohal II S. 104 N. 4, Planck Bem. 4 zu 2043.

[2]) Es wäre m. E. de lege ferenda sehr empfehlenswert, dem Miterben, welcher die Erbschaft angenommen hat, nach Analogie des § 1961 ein Antragsrecht auf Bestellung eines Nachlasspflegers für die übrigen Erbteile zuzuerkennen, mit welchem sodann das Auseinandersetzungsgeschäft durchgeführt werden könnte. Hiedurch würde jenem definitiven Miterben, welcher

Aus dem Begriffe der Nachlasspflegschaft als Vertretung des Definitiverben folgt fernerhin ohne weiteres, dass eine Erklärung der Erbschaftsausschlagung durch den Pfleger ebenso gegenstandslos ist, als eine Annahmeerklärung.[1]) Aus demselben Grunde, nicht aber, „weil durch eine solche Rechtshandlung der Entschliessung des unbekannten Erben vorgegriffen würde", ist der Nachlasspfleger zur Testamentsanfechtung nicht befugt.[2])

Der Nachlasspfleger ist endlich zur Vertretung des Definiverben im Prozesse und in der Zwangsvollstreckung aktiv und passiv legitimiert.[3]) Als Beklagter ist er, da ihm nur Rechte des Vertretenen zur Ausübung zustehen, dem vertretenen Definitiverben aber begrifflich das Recht der Ausschlagung fehlt, zur Geltendmachung der dilatorischen Einrede aus § 1958 B. G. B., 239 Abs. 5 C. P. O. nicht im Stande. Da sich diese Konsequenz unmittelbar aus dem Begriffe der Nachlasspflegschaft ergibt, hätte sie eines eigenen Ausdruckes im Gesetze (§ 1960 Abs. 3) nicht bedurft.

Gegenstand eines von oder gegenüber dem Nachlasspfleger geführten Rechtsstreits können alle auf den Nachlass sich beziehenden Rechtsverhältnisse sein. Es ergibt aber das Wesen der Nachlasspflegschaft als Vertretung des wirklichen und endgiltigen Erben, dass Prozessgegenstand nicht ein Rechtsstreit über die Erbberechtigung[4]) des Klägers oder Beklagten sein

---

de lege lata bis zur erfolgten Erbschaftsannahme bezw. bis zur Bestellung eines Nachlasspflegers den Wert seines Erbteils sich lediglich durch Veräusserung verschaffen kann (§ 2033), bei der möglicherweise langen Dauer der Rechtsungewissheit und bei den unter Umständen einer Erbteilsveräusserung entgegenstehenden Schwierigkeiten ein wirksames Mittel zur Realisierung seines Miterbenrechtes in die Hand gegeben.

[1]) And. Mein. z. T. für das preuss. Recht auf Grund A. L. R. I 9 § 472: Dernburg 3, 632, dagegen Förster IV 229 Anm. 19.

[2]) Boschan S. 35. Daher entschied O. L. G. Kolmar (R. Jahrg. 1904, 283), dass der Nachlasspfleger die Testamentsanfechtung durch die bekannten Erben als Streitgenosse nicht unterstützen dürfe.

[3]) Rosenthal, Die Sachlegitimation München 1903 S. 63 ff.

[4]) Vgl. Staudinger Bem. 4 b Abs. 6 zu § 1960, Dernburg S. 361 IV, Boehm S. 269, 270, Weissler S. 110, Boschan II S. 35. — Anders z. T. für das frühere preuss. Recht auf Grund A. L. R. I 9 § 487: Dernburg 3, 633, R. G. 28, 354.

kann. Bleibt in einem zwischen dem Nachlasspfleger und einem Dritten bestehenden Rechtsstreite die Zugehörigkeit des Streitgegenstandes zu dem Vermögen des Verstorbenen d. h. zur Erbschaft, die Legitimation des Nachlasspflegers zur Ausübung der Nachlassverwaltung unbestritten, oder wird beides durch den Pfleger erwiesen, so ist der Klage des letzteren, soferne ihr lediglich von Seiten des Gegners die Einrede eigener Erbberechtigung entgegengesetzt wird, ohne weiteres stattzugeben, die Klage des Gegners, soferne sie lediglich auf eigene Erbberechtigung des Klägers gegründet ist, auf Antrag des Pflegers durch Sachurteil abzuweisen § 300 Abs. 1 C. P. O.[1])

Es könnte bedenklich erscheinen, dem Nachlasspfleger in Ansehung des Erbvermögens so weitgehende Verwaltungsbefugnisse zuzuerkennen, da mit der Möglichkeit eines Missbrauchs zum Schaden der Erben und der Nachlassgläubiger gerechnet werden muss. Den hieraus sich ergebenden Gefahren ist jedoch durch den Gesetzgeber in ausreichendem Masse vorgebeugt. Abgesehen davon, dass der Nachlasspfleger bei zahlreichen und gerade den wichtigsten Verwaltungshandlungen gesetzlichen Beschränkungen unterliegt, denen zufolge nicht selten zur Wirksamkeit einer Handlung die nachlassgerichtliche Zustimmung gefordert wird, kann die Nachlassbehörde den Wirkungskreis des Nachlasspflegers zugleich mit der Bestellung oder während der Dauer der Pflegschaft unter gewissen Voraussetzungen mit Wirkung gegenüber Dritten nach Bedürfnis einschränken (§ 1796, 1915, 1962): Sie kann ihm das Verwaltungsrecht in Ansehung einzelner Nachlassobjekte oder eines bestimmten Kreises von Nachlassangelegenheiten entziehen, oder ihm überhaupt die Verwaltungsbefugnis nehmen und seine Tätigkeit auf die custodia des römischrechtlichen Nachlasskurators begrenzen; sie kann sogar seinen Wirkungskreis auf einzelne

[1]) Zutreffend äussern sich hiezu die Mot. V 551: Selbstverständlich ist, dass der Nachlasspfleger nicht Rechtsstreitigkeiten über das Erbrecht führen kann; der wirkliche Erbe hat gegen ihn nur die Ansprüche aus der geführten Pflegschaft (actio tutelae). Ein Streit zwischen dem Pfleger und dem wirklichen Erben über das Erbrecht würde sich als ein Streit zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen darstellen; ein solcher ist ausgeschlossen, weil niemand mit sich selbst prozessieren kann.

Tätigkeiten (z. B. Verwahrung, Nachlassverzeichnung, schleunige Verfügungen über verderbliche Gegenstände) einengen. In den letztgenannten Fällen steht allerdings dem Nachlasspfleger die Befugnis der Nachlassverwaltung[1]) in allen ihren Beziehungen nicht zu und diese Fälle mögen dem Gesetzgeber bei Erlass des § 991 Abs. 2 C. P. O. vor Augen geschwebt haben, welcher durch die Fassung:

> „Zu dem Antrage sind auch ein Nachlasspfleger und ein Testamentsvollstreker berechtigt, wenn ihnen die Verwaltung des Nachlasses zusteht"

die schiefe Vorstellung erweckte, es sei das Verwaltungsrecht des Nachlasspflegers die Ausnahme, und die schwierige Frage aufrollte, unter welchen Voraussetzungen die Verwaltungsbefugnis dem Nachlasspfleger zustehe, und unter welch anderen sie ihm fehle; im Anschlusse daran wurde schliesslich behauptet, es stehe ihm die Verwaltung nur dann und nur in dem Umfange zu, wenn und soweit sie ihm vom Nachlassgerichte übertragen und in die Bestallung aufgenommen sei.[2]) Hält man daran fest, dass dem Nachlasspfleger im Zweifel kraft Gesetzes die Verwaltung in demselben Umfange wie dem Definitiverben zusteht, dass allerdings diese Befugnis durch das Nachlassgericht unter Entzug jeglicher rechtlichen Verfügungsmacht auf rein tatsächliche Erhaltungs- und Verwaltungsgeschäfte restringiert werden kann, so können aus der Fassung des § 991 Abs. 2 C. P. O., welche allerdings entstehungsgeschichtlich unerklärlich ist und de lege ferenda zu verwerfen wäre, Bedenken gegen das prinzipiell unbeschränkte Verwaltungsrecht des Nachlasspflegers nicht hergeleitet werden, zumal dem § 991 Abs. 2 die §§ 779 Abs. 2 S. 2 C. P. O. und 217 K. O. gegenüberstehen.[3]) Schon aus diesen Erwägungen sind auch die durch die Fassung des

---

[1]) Insoferne zutreffend Planck Vorbem. III 5 c β § 1942 und unzutreffend Binder I S. 195.

[2]) Vgl. Weissler S. 110, Boschan S. 34, 36.

[3]) Auf diesem Wege lässt sich die Fassung des § 991 Abs. 2 m. E. in viel befriedigenderer Weise mit der grundsätzlichen Verwaltungsbefugnis des Nachlasspflegers in Einklang bringen, als durch die im übrigen zutreffenden Ausführungen Binders I S. 195—197.

§ 2017 gegen das Verwaltungsrecht des Nachlasspflegers erregten Zweifel *Planck*s unbegründet. Zudem enthalten die Worte:

„Wird vor der Annahme der Erbschaft zur Verwaltung des Nachlasses ein Nachlasspfleger bestellt, ...“

geradezu eine besonders nachdrückliche, allerdings überflüssige Hervorhebung grundsätzlicher Verwaltungsbefugnis.[1])

Die letzten Bedenken, welche sich aus den durch die prinzipielle Wirkungsfreiheit und Selbständigkeit des Nachlasspflegers ermöglichten Gefahren ergeben könnten, werden endlich durch die der Nachlassbehörde gegenüber dem Pfleger zukommende Aufsichtsstellung völlig abgeschwächt: Das Nachlassgericht hat die gesamte Amtsführung des Pflegers zu überwachen, gegen Säumnis und Pflichtwidrigkeit durch geeignete Gebote und Verbote, nötigenfalls mittelst Zwangsstrafen einzuschreiten und den pflichtvergessenen Pfleger zu entlassen. Der Nachlasspfleger ist zu ununterbrochener Auskunft und periodischer Rechnungslegung dem Nachlassgerichte gegenüber verpflichtet; dieses kann von ihm unter besonderen Umständen nach Ermessen Sicherheitsleistung verlangen, ev. das Grundbuchamt um Eintragung einer Sicherungshypothek auf Grundstücken des Pflegers ersuchen (§§ 1837, 1839, 1840 f. f., 1844, 1915, 1962 B. G. B., 54, 75 G. f. G.). Die hinter der Verwaltung des Nachlasspflegers stehende Behördenaufsicht und der für schuldhafte Vernachlässigung derselben gegen den Staat sich richtende Entschädigungsanspruch garantiert den Nachlassbeteiligten in vorzüglicher Weise den Schutz ihrer Interessen.

Es bleibt noch die Frage zu prüfen, ob die Nachlasspflegschaft einem gegenwärtig oder eventuell Berufenen, einem Angehörigen des Erblassers oder des Erben, bezw. einem Nachlassgläubiger übertragen werden könne, ev. müsse. Für die Beantwortung dieser Frage, die in der Literatur teils bejaht, teils verneint wird,[2]) bleibt zu beachten, dass das freie Ermessen

---

[1]) Planck Vorb. 5 c β zu § 1942; Prot. V 785 f., 830 Binder a. a. O.

[2]) Bezüglich des einstweiligen Erben wurde diese Frage in den Prot. II 7737 angeregt aber nicht entschieden. Sie wird von Planck Bem. 3 b α, Staudinger Bem. 4 c zu § 1960, Boehm S. 268, Binder S 203 N. 86 verneint, da es sich bei der Nachlasspflegschaft, wenn sie nicht gerade wegen Unbekanntschaft des Erben angeordnet sei, gerade darum handle, die

der Sicherungsbehörde in dieser Hinsicht zwar durch die gesetzlichen Unfähigkeitsgründe der § 1780 f. f., im übrigen aber durch gesetzliche Regeln nicht eingeschränkt ist. Die für die Bestellung zum Vormund und Pfleger geltende Berufungsreihe (§§ 1776—1778, 1916) besteht für den Nachlasspfleger nicht,[1]) da ja die Person des zu Vertretenden unter den Voraussetzungen des § 1960 eine konkret noch nicht bestimmte ist.[2]) Die Auswahl wird vielmehr lediglich mit Rücksicht auf Befähigung, Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit einer Person zu erfolgen haben.[3]) M. E. ist es jedoch in allen Fällen bedenklich, bei dem Widerstreite der Interessen, welche bei einem Nachlasse stets in Frage stehen, dem Vertreter einer Interessentengruppe allein die gesamte Verwaltung zu übertragen.[4]) Gelangt das Nachlassgericht trotzdem zur Bestellung einer der genannten Personen als Nachlasspfleger, so wird es sich wenigstens, namentlich bei umfangreicher Verwaltung empfehlen, aus der gegnerischen

---

Interessen des endgiltigen Erben und der Nachlassgläubiger gegenüber dem einstweiligen Erben wahrzunehmen. Übrigens bezieht sich die von Planck zur Begründung seiner Ansicht zitierte Stelle der Mot. V 546 nicht unmittelbar auf die Frage, ob der provisorische Erbe zum Nachlasspfleger bestellt werden könne. Es wird hier lediglich abgelehnt, dem zunächst Berufenen schlechthin kraft Gesetzes eine Vertreterstellung mit Verwaltungsrechten und Verwaltungspflichten gegenüber dem Definitiverben einzuräumen.

[1]) Dernburg § 128 II 3 gibt dies nur für den Fall zu, dass die Person des Erben zweifelhaft ist, unter Berufung auf A. L. R. I 9 § 490, wonach bei der Ernennung des Nachlasspflegers besonders in Betracht zu ziehen war, wer sich als Verwandter des Erblassers legitimierte. Gerade der Mangel einer ähnlichen Vorschrift im B. G. B. beweist, dass nach modernem Rechte für die Nachlassbehörde eine derartige Bindung nicht besteht. Vgl. auch Dorner, Com. z. G. f. G. S. 349 Anm. 1, Birkenbihl zu § 75 a E.

[2]) Es bindet auch den Nachlassrichter die letztwillig getroffene Bestimmung einer Person als Nachlasspfleger nicht, soweit hierin überhaupt nicht die Ernennung eines Testamentsvollstreckers erblickt werden muss.

[3]) Auch die Auswahl des Nachlasspflegers erfolgt auf Vorschlag des mit Orts- und Personenkenntnis am besten ausgestatteten Gemeindeweisenrats. §§ 1849, 1915, 1962.

[4]) Die Vertretungsmacht des Nachlasspflegers würde in diesem Falle nicht unerheblichen gesetzlichen Beschränkungen unterliegen. §§ 1795, 1915, 181 B. G. B.

Interessentengruppe einen oder mehrere Mitpfleger[1]) zu bestellen; bei Meinungsverschiedenheit steht dann der Entscheid bei der Nachlassbehörde (§§ 1797, 1915, 1962). M. E. ist auch jede Häufung der Nachlasspflegschaft mit einem anderen Privatamte — z. B. der cura nasciturі, Abwesenheitspflegschaft, Testamentsvollstreckung — regelmässig zu vermeiden, da den letzteren die Wahrung spezieller, singulärer Interessen obliegt, die mit den Interessen des generellen Kreises der Nachlassbeteiligten, deren Schutz die Aufgabe des Nachlasspflegers bildet, in Gegensatz treten können.[2])

Während die Sicherungsmittel der Siegelung, Hinterlegung und Verzeichnung lediglich geeignet und bestimmt sind, den Nachlass in seinem tatsächlichen Bestande zu erhalten und festzustellen, wird durch die Nachlasspflegschaft zugleich eine vollkommene Vertretung des Erben im wirtschaftlichen und rechtlichen Verkehre geschaffen: Neben der Nachlasserhaltung kommt dem Nachlasspfleger regelmässig auch die weitere und wichtigere privamtliche Befugnis und Aufgabe zu, den Nachlass im Interesse der Gesamtheit der Beteiligten wirtschaftlich zu verwenden, zu verwerten. Diesen ist also durch die Fürsorgemassregel der

[1]) Dass auch mehrere Nachlasspfleger bestellt werden können, kann, wiewohl der Wortlaut des § 1960 dies nicht erkennen lässt, nicht bezweifelt werden.

[2]) Deshalb hat schon Entw. I eine dem A. L. R. I 9 § 372 analoge Bestimmung, wonach als Nachlasspfleger ein etwa vorhandener Pfleger des nasciturus zu bestellen sei, mit Rücksicht auf die Fälle, „in denen eine solche Vereinigung bedenklich und nicht angemessen erscheint", ausdrücklich abgelehnt Mot. V 553. — Bezüglich des Testamentsvollstreckers bleibt zu bedenken, dass dieser sehr wohl eine Person sein kann, die sich zu der Funktion eines Nachlasspflegers nicht eignet; unter Umständen kann es gerade die Aufgabe des Nachlasspflegers sein, den Testamentsvollstrecker zu überwachen, oder doch ihm gegenüber das Interesse des Definitiverben zu wahren Mot. V 548. — Ist hiernach neben einer oder mehreren vormundschaftlichen Vertretungen oder neben einer Testamentsvollstreckung eine Nachlasspflegschaft angeordnet, so kann, wie Weissler S. 111, 112 annimmt, keine Rede davon sein, dass nunmehr die sämtlichen privatamtlichen Vertreter die Verwaltung des Nachlasses gemeinschaftlich zu führen hätten. Vielmehr hat der Nachlasspfleger die ihm zustehende Verwaltungsbefugnis durchaus selbständig, lediglich durch die von ihm zu schützenden Gesamtinteressen geleitet, gegenüber jenen Vertretern spezieller Interessen durchzusetzen.

Nachlasspflegschaft nicht nur die Nachlasserhaltung garantiert, sondern auch die Aussicht auf eine Vermehrung des Erbvermögens eröffnet.[1]) Da der Wirkungskreis des Nachlasspflegers die Summe aller derjenigen Sicherungsmassnahmen in sich begreift, welche bei beschränkterem Bedürfnisse von der Behörde gesondert getroffen werden können (Verwahrung, Hinterlegung von Wertgegenständen, Verwahrung), so ist bei Anordnung einer Nachlasspflegschaft für einzelne behördliche Sicherungsvorkehrungen regelmässig kein Raum mehr.

E. Neben den im § 1960 Abs. 2 genannten Sicherungsmitteln steht es der Behörde frei, nach Ermessen andere, dem vorhandenen Bedürfnisse genügende, tatsächliche oder rechtliche Massnahmen einzeln oder in Verbindung miteinander zu ergreifen; denn die Fassung des § 1960 Abs. 2 zeigt, dass dem Nachlassrichter in der Auswahl der Sicherungsmittel nach keiner Richtung hin eine Grenze gezogen werden sollte. Als solche können namentlich in Betracht kommen: Besitznahme von Nachlassgegenständen zu eigener Verwahrung der Behörde, Anordnung der Feststellung des Nachlasswertes durch Sachverständige, Verwertung insbesondere verderblicher Sachen durch freihändigen Verkauf oder im Wege öffentlicher Versteigerung, Vertragsabschluss mit einem privaten Dritten unmittelbar durch die Nachlassbehörde, z. B. eines Verwahrungsvertrages namentlich in Ansehung siegelungs- oder hinterlegungsunfähiger Sachen, eines Miet-, Pacht-, Dienst- oder Werkvertrages zum Zwecke der Fortführung des Haushaltes des Erblassers oder eines zum Nachlasse gehörigen wirtschaftlichen Betriebes.[2]) Das Nachlassgericht kann, soferne es dies zur

[1]) And. Mein. Landsberg II S 1033.

[2]) Eine Amtsstellung kommt aus einem solchen Vertragsverhältnisse den hieraus verpflichteten Personen nicht zu; sie sind weder Vertreter des Definitiverben, noch können sie von diesem auf Grund des durch die Behörde abgeschlossenen Vertrages verantwortlich gemacht werden. Letzteres folgt daraus, dass das Nachlassgericht nicht in Vertretung des Definitiverben handeln kann. (Vgl. Entsch. d. bayer. O. L. G. IV 332.) — Die Übertragung der Verwaltung des Gesamtnachlasses an einen Miterben, ohne ihn zum Nachlasspfleger zu bestellen, ist materiellrechtlich unzulässig, da dem Miterben als solchen nach § 2038 diese Verwaltungsbefugnis fehlt. Vgl. Binder I § 9 N. 24.

Erreichung des Sicherungszweckes für erforderlich hält, an Erbberufene oder Dritte in Ansehung des Nachlasses geeignete Gebote oder Verbote, namentlich auch Verfügungsbeschränkungen[1]) erlassen. Als unzulässig müssen alle diejenigen landesgesetzlichen Vorschriften erachtet werden, welche das freie Ermessen der Nachlassbehörde in der Auswahl der Sicherungsmittel in irgend einer Richtung beschränken.

§ 6.

Der Umfang der Nachlassfürsorge.

Für den Umfang der Nachlasssicherung entscheidet stets das nach Lage des Einzelfalles zu ermessende Bedürfnis (arg. „soweit ein Bedürfnis besteht"; Entsch. in Ang. der f. G. V. 225). Grundsätzlich aber hat sich die Fürsorge auf den gesamten Nachlass, auf bewegliche und unbewegliche Gegenstände, Sachen und Rechte zu erstrecken (arg. „.... für die Sicherung des Nachlasses")[2]). Nach dem Zwecke der Sicherung umfasst diese den Nachlass nicht nur in allen seinen aktiven, sondern auch in seinen passiven Beziehungen: Darum sind z. B. nicht nur die dem Erblasser gehörigen, sondern auch alle von ihm besessenen fremden Sachen Gegenstand der Fürsorge.[3]) Eine umfangliche Begrenzung ergibt sich hinsichtlich der Nachlasssicherung lediglich für das in concreto ausgewählte Fürsorgemittel: So kann sich begrifflich Siegelung und Hinterlegung nur auf körperliche Nachlassgegenstände, die Hinterlegung nur auf bewegliche Nachlasssachen erstrecken (§ 688 B. G. B.). Partikuläre Ausführungsvorschriften beschränken viel-

---

[1]) Vgl. Entsch. des K. G. IV 62.

[2]) Der Gebührenbewertung wird daher z. B. nach bayer. Gebührengesetze art. 101 Abs 1 S. 2 ohne Rücksicht auf den konkreten Gegenstand der Sicherung stets der Gesamtnachlass zu Grunde gelegt.

[3]) Schultze-Görlitz, Kom. z. G. f. G. (1901) S. 47. — Zuweilen findet sich in partikulären Anweisungen die Bestimmung, dass nicht nur Gegenstände, deren Herausgabe auf Grund des öffentlichen Rechtes verlangt werden kann (amtliche Gegenstände, Orden etc.), sondern alle anlässlich einer Nachlasssicherung vorgefundenen Sachen, deren Eigentum nachweislich einem Dritten zusteht, von der Sicherung auszunehmen und dem Dritten auszufolgen sind. (Vgl. z. B. bad. R. Pol. O. §§ 110, 111).

fach die Sicherungsmassnahme der Siegelung auf bewegliche Nachlasssachen. M. E. ist es aber unter Umständen gerade zweckentsprechend, auch unbewegliche Nachlassobjekte[1]) zum Gegenstande der Siegelung zu machen, um durch Verschluss und Bezeichnung der Zugänge mit dem Amtssiegel nötigenfalls nicht nur dem Erben den Zutritt zu verwehren, sondern auch Dritten gegenüber das durch § 123 Str. G. B. an sich bestehende Verbot willkürlichen Eingriffes, dessen Verletzung lediglich auf Antrag verfolgt wird (§ 123 Abs. 2 l. c.), auf Grund des die öffentliche Strafverfolgung androhenden § 136 Str. G. B. strafrechtlich zu verstärken.[2]) Niemals endlich beschränkt sich, wie noch zu zeigen ist, die Sicherungsfürsorge umfanglich auf die im Bezirke der anordnenden Behörde befindlichen Nachlassgegenstände.

Eine Würdigung verdient die Behauptung *Binder*s I S. 180 f.: Aus dem Vorhandensein von Miterben folge nichts für den Umfang der Nachlasssicherung. Dieser Satz ist selbstverständlich, wenn noch keiner der Erben angenommen hat, bedenklich aber, wenn seitens einiger derselben die Annahme erfolgt ist.

Ersterenfalls gibt wie überall das Bedürfnis allein den Ausschlag: Liegt ein solches nur in der Person eines oder einiger Miterben vor, so hat die Behörde von einem Einschreiten ganz abzusehen, wenn dem Bedürfnisse infolge genügender und zuverlässiger Tätigkeit anderer Miterben in Ansehung des Gesamtnachlasses entgegengetreten wird.[3]) Besteht die Miterben-

---

[1]) z. B. Häuser, Wohnungen, Geschäftsräume, Gärten, Bauplätze.

[2]) Über die Möglichkeit der Siegelung auch unbeweglicher Gegenstände vgl. Olshausen, Komm. z. Str. G. B. (1905) S. 524. — Jene partikulären Vorschriften, welche die Siegelung nur beweglicher Gegenstände gestatten (vgl. z. B. § 107 bad. R. Pol. O.; § 15 bezw. 21 der preuss. allgem. Verf. v. 20. bezw. 28. XII. 1899; § 7 der Verf. d. württ. Just. Min. v. 14. IX. 1899), sind für den Nachlassrichter, da sie das ihm reichsrechtlich gewährte Ermessen in der Auswahl des Sicherungsmittels beschränken, nicht als bindend zu erachten.

[3]) Vgl. Mot. V 542; Müller-Meikel, Das bürgerl. R. (1904) II S. 452. — Über diese Tatfrage, inwieweit im Hinblicke darauf, dass einer der Miterben die Fürsorge übernimmt, behördliches Eingreifen entbehrlich erscheint, gab das A. L. R. I 9 § 461, preuss. Vorm. O. v. 5. VII. 1875 § 1

tätigkeit jedoch nur in der Wahrung eigener Interessen, so kann die Behörde eine Massnahme anordnen, welche ohne die tätigen Erben in ihrer Fürsorge zu stören, die Interessen der übrigen Miterben genügend schützt (namentlich Bestellung eines Nachlasspflegers für den ungewissen und untätigen Miterben). Dass sich aus der Fassung des § 1960: ....„der Erbschaft", „des Nachlasses", „der Erbe" nicht etwa die Konsequenz ergibt, die Nachlassfürsorge habe sich bei Vorhandensein von Miterben, selbst wenn nur in Ansehung eines oder einiger derselben die Sicherungsvoraussetzungen vorliegen, stets auf den Gesamtnachlass zu erstrecken, folgt abgesehen von dem Zwecke des Instituts und dem der Nachlassbehörde in Ansehung des Fürsorgeumfanges gesetzlich gewährten (arg. „soweit ein Bedürfnis besteht") Spielraume aus der positiven Bestimmung des § 1922 Abs. 2., welcher schlechthin die Vorschriften über die „Erbschaft" auf den Anteil eines Miterben für anwendbar erklärt. [1]) Andererseits kann aber die Nachlassbehörde ohne Rücksicht auf das Vorhandensein bekannter und tätiger Miterben die Sicherung auf den gesamten Nachlass erstrecken (Siegelung, Hinterlegung, Verzeichnung, Pflegschaft in Ansehung des ganzen Nachlasses) und muss dies tun, wenn durch die Erbentätigkeit Rechte nicht geschützter Beteiligter gefährdet erscheinen.

Ist aber seitens einiger Miterben die Annahme bereits erfolgt, so wird sich die Tätigkeit der Behörde auf eine lediglich die Erbteile, bezüglich deren die Annahme noch nicht feststeht, berührende Massregel beschränken (Erbteilspflegschaft), sodass hiedurch die Ausübung der den Miterben gesetzlich zugestandenen Individualrechte — das Recht selbständiger Nachlasserhaltung, der Mitverwaltung des Gesamtnachlasses (§ 2038), der Auseinandersetzungsanspruch (§ 2042), die eigenmächtige Geltendmachung einer Nachlassforderung (§ 2039) — nicht

---

5 III leitende Grundsätze. — Der Entwurf I hat es abgelehnt, eine ähnliche Bestimmung aufzunehmen, mit Rücksicht auf die Unbestimmtheit des Begriffes des „Übernehmens" der Fürsorge und auf den zumeist bestehenden Interessengegensatz der einzelnen Miterben. (Mot. V. 542).

[1]) Vgl. auch Strohal § 62 N. 40. S. 57. Diese Konsequenz gelangte durch die Fassung des § 2058 des Entw. I: „Wenn ein Erbe unbekannt ist" zu deutlicherem Ausdrucke.

beeinträchtigt werden.[1]) Liegt jedoch, besonders mit Rücksicht auf das Verhalten der Erben das Bedürfnis eines intensiveren Schutzes vor, so fragt es sich, ob ohne Rücksicht auf diese Individualrechte jener Miterben, in deren Person wegen erfolgter Erbschaftsannahme die Voraussetzungen des § 1960 sicherlich nicht mehr vorliegen, der behördliche Eingriff auch auf deren Erbteile, also auf den Nachlass im Ganzen erstreckt werden kann. Zweifellos begründet eine solche Erstreckung eine Beeinträchtigung der Miterbenrechte im Sinne des § 20 Abs. 1 G. f. G.: Die Siegelung entzieht dem Miterben die Mitausübung des Besitzes, die Hinterlegung den unmittelbaren Mitbesitz, die Nachlasspflegschaft benimmt dem Erben zwar nur im Prozesse des Pflegers die Handlungsfähigkeit (§ 53 C. P. O.), begründet aber ein neben dem Verwaltungsrechte des Erben bestehendes fremdes, unmittelbare Rechtswirkungen gegen ihn erzeugendes Verwaltungsrecht und berechtigt den Pfleger zum Mitbesitze ev. alleinigen Besitze der Nachlassgegenstände.[2]) Auf erhobene Beschwerde entschied das K. G. 18, 447, dass auch in einem solchen Falle die Sicherungsvoraussetzungen in Ansehung des Gesamtnachlasses als gegeben zu erachten seien, da bei Vorhandensein von Miterben die Annahme erst dann als eingetreten zu gelten habe, wenn sie durch alle Erben erfolgt sei; daher könne auch solchenfalls eine Pflegschaft in Ansehung des Gesamtnachlasses angeordnet werden. Diese Entscheidung ist jedoch m. E. unrichtig: Für das Miterbenverhältnis gilt in Ansehung des Zeitpunktes der Erbschaftsannahme nichts Besonderes: Sie ist für jeden Erben in dem Augenblicke gegeben, in welchem er für seine Person die Annahme erklärt oder betätigt hat; dann aber besteht für ihn die Grundbedingung des § 1960 und damit in Ansehung seines Erbteils eine Sicherungsvoraussetzung nicht

[1]) Ist Sicherungsgrund die Beteiligung eines natürlichen oder juristischen nasciturus als Miterben, so entbehrt freilich die Nachlasspflegschaft einer festen Umgrenzung ihres Umfanges. Jedoch ist dies im Hinblicke auf die Vorschriften des Miterbenrechtes, insbesondere auf den bis zur Hebung der Unbestimmtheit statuierten Teilungsausschluss (§ 2043) zumeist ohne praktische Nachteile. Planck Bem. 3 b α zu § 1960; Mot. V 544, 553.

[2]) Um Wiederholungen zu vermeiden, wird hier auf § 10 der Darst. verwiesen.

mehr.[1]) Das Richtige trifft m. E. die neuerlich ergangene Entscheidung des K. G. v. 14. XII. 05 (Entsch. in Ang. der freiw. Ger. VII S. 29 ff.), welche die Anordnung einer Nachlasspflegschaft in Ansehung der Erbteile derjenigen, welche bereits angenommen haben, für unzulässig erklärt. Die Erstreckung der Nachlasspflegschaft auf die Erbteile der Definitiverben verbietet sich selbst dann, wenn das Verhalten derselben so erhebliche Zweifel in ihre Vertrauenswürdigkeit begründet, dass eine Erhaltung des gesamten noch vorhandenen Nachlasses im Interesse der übrigen Miterben dringend geboten ist. In diesem Falle ist vielmehr nur die Anordnung einer Erbteilspflegschaft für diejenigen gestattet, welche sich schliesslich als definitive Miterben derer, welche bereits angenommen haben, herausstellen werden. Gegen die durch letztere drohenden Gefahren sind erstere wie gegen die Gefährdung von Seiten dritter Personen nicht durch Einleitung einer Pflegschaft für diese, sondern durch einen nur ihnen selbst bestellten Nachlasspfleger zu schützen, welcher ihre Miterbenrechte zu wahren, erforderlichenfalls das Prozessgericht anzurufen hat. — Erachtet jedoch der Nachlassrichter zur Abhilfe gegen ein für einen unbekannten oder ungewissen Miterben gegebenes Bedürfnis die Anordnung einer anderen Sicherungsmassnahme als derjenigen einer Nachlasspflegschaft für erforderlich und ausreichend, deren Durchführung nicht möglich ist, ohne auch den gesamten Nachlass in Mitleidenschaft zu ziehen (z. B. Nachlassverzeichnung), so können sich die definitiven Miterben dieser Verfügung nicht widersetzen: Hinter das der Nachlasssicherung zu Grunde liegende öffentliche Interesse müssen die privaten Einzelinteressen der Miterben zurücktreten.[2])

---

[1]) Auch die gemeinrechtliche Praxis nahm das Vorhandensein einer ruhenden Erbschaft nicht mehr an, wenn auch nur ein Miterbe die Erbschaft angetreten hat. Vgl. Entsch. d. O. L. G. VI 219.

[2]) Im wesentlichen übereinstimmend: Mot. V 543, 544, 546, 553; Staudinger Bem. 4 a; Planck Bem. 3 α zu § 1960; Cosack II S. 711 ff.; Binder S. 180; Rspr. V 229 f.; Entsch. d. bayer. O. L. G. III 268, 269.

§ 7.

Zuständigkeits- und Verfahrens-Grundsätze.

Innerhalb der Zuständigkeit für die Zwecke der Nachlassfürsorge ist die ordentliche von der ausserordentlichen Zuständigkeit, die Anordnung von der Ausführung der Sicherungsmassnahme zu scheiden.

A. Ordentliche Zuständigkeit.

I. Für die Anordnung der Sicherungsmassnahmen sind sachlich nach Reichsrecht die Amtsgerichte (§§ 1960 B. G. B., 72 G. f. G.), landesrechtlich die auf Grund des art. 147 E. G. B. G. B. bestellten nichtrichterlichen Behörden der freiwilligen Rechtspflege zuständig. — Soweit innerhalb der für die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit errichteten Behördenorganisation die einzelnen Rechtspflegefunktionen nach ihrem Gegenstande auf verschiedene Behörden oder verschiedene Organe derselben Behörde verteilt sind (Geschäftsverteilung), obliegt die Anordnung von Massnahmen der Nachlasssicherung dem zur Wahrnehmung der Nachlassgeschäfte berufenen Behördenorgane: Mithin nach Reichsrecht dem Nachlassrichter (§§ 1960, 1962 B. G. B.), in Württemberg dem gemeindeamtlichen Nachlassgerichte (art. 71 ff. A. G. B. G. B.), in Baden dem Notar[1]) (§ 45 des R. Pol. G.), im übrigen der sonst an Stelle des Amtsgerichts für die Nachlasspflege berufenen nichtgerichtlichen Behörde (vgl. z. B. Meckl. Schw. bezw. Meckl. Str. A. G. G. f. G. §§ 22 f. f., V. O. und Min. Bek. v. 19. XII. 99). Während sonst nach Reichsrecht grundsätzlich die Bestellung eines privatamtlichen Vertreters zur vormundschaftsgerichtlichen Kompetenz gehört (§§ 1774 ff., 1897, 1909 ff.), obliegt die Anordnung einer Nachlasspflegschaft im Hinblicke auf die Verschiedenheit der Beteiligten und mit Rücksicht darauf, dass die Interessen derselben im Widerspruche mit den speziellen Interessen des

[1]) Auf die bestrittene, m. E. zu bejahende Frage, ob der Notar „Behörde" im Sinne des art. 147 E. G. B. G. B. ist, kann hier nicht eingegangen werden. Vgl. Endemann III § 115 N. 2; Planck Bem. 1 zu art. 147 l. c.

Vertretenen stehen können, wie die Anordnung jeder anderen Sicherungsmassnahme der zur Wahrung aller am Nachlasse beteiligten schutzbedürftigen Interessen berufenen Nachlassbehörde.[1]) — Die örtliche Zuständigkeit in Ansehung der Nachlasssicherung bestimmt sich sowohl für das als Nachlassbehörde nach Reichsrecht zuständige Amtsgericht, als auch für die an dessen Stelle nach Landesrecht gesetzte nichtrichterliche Nachlassbehörde zunächst nach § 73 G. f. G.[2])

II. Für die Ausführung der Sicherungsmassnahmen trifft das Reichsrecht wie bezüglich des Verfahrens, so auch bezüglich der Zuständigkeit keine ausreichenden Bestimmungen.

Lediglich für die Nachlasspflegschaft sind erschöpfende Zuständigkeitsnormen (§§ 1962 B. G. B., 72—75 G. f. G.) und durch Bezugnahme auf die für Vormundschaftssachen getroffenen formellen Bestimmungen die notwendigen Verfahrensvorschriften vorgesehen. Für die Nachlasspflegschaft ist auch bezüglich der Zuständigkeitsordnung aus dem Vormundschaftswesen die Bestimmung übernommen, dass von Seiten der tätig gewordenen Sicherungsbehörde die nachlasspflegschaftlichen Amtsfunktionen aus wichtigen Gründen mit Zustimmung des ev. bereits bestellten Pflegers an ein anderes örtlich zuständiges, sich zur Übernahme bereit erklärendes Nachlassgericht[3]) abgegeben werden kann, und dass im Streitfalle das gemeinschaftliche obere Gericht hierüber unanfechtbar entscheidet (§§ 75 S. 2 Hlbs. 2, § 46 G. f. G.). Diese Befugnis gewinnt namentlich dann Bedeutung, wenn der Nachlass in der Hauptsache aus Grundstücken besteht und diese nicht in dem Gerichtsbezirke der Anordnungsbehörde liegen.[4])

---

[1]) Vgl. § 1962 B. G. B.; Mot. V 549. — Das Reichsrecht stimmt in dieser Hinsicht mit einigen bisher geltenden Rechten überein: A. L. R. I 9 § 471 (Dernburg preuss. Pr. R. § 216 Anm. 7); Sächs. G. B. § 2247.

[2]) Die von Binder I § 9 N. 40 aufgeworfene Frage, ob für die Zwecke der Nachlasssicherung durch § 74 G. f. G. eine die ordentliche Zuständigkeit des nach § 73 kompetenten Nachlassgerichts ausschliessende Zuständigkeitsnorm geschaffen sei, wird von ihm selbst zutreffend verneint. Vgl. Birkenbihl zu § 74 G. f. G.

[3]) Nicht aber auch an das Ausland, denn § 75 Abs. 2 Hlbs. 2 zitiert den § 48 G. f. G. nicht. Boschan II S. 32.

[4]) Vgl Denkschr. z. G. f. G. S. 56; bayer. Nachl. O. § 25 III S. 2.

Im übrigen aber hat das Reichsrecht wie überhaupt für die Vollstreckung von Verfügungen auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit, so auch für die Ausführung von Massnahmen der Nachlasssicherung Zuständigkeits- und Verfahrensnormen nicht erlassen. § 1960 bestimmt lediglich: „Das Nachlassgericht hat .... zu sorgen"; art. 144—146 E. G. B. G. B. überlassen dem Landesrechte in weitgehendem Masse die Regelung des Hinterlegungswesens, art. 148 l. c. gestattet der Landesgesetzgebung, die Zuständigkeit des Nachlassgerichts zur Aufnahme eines Inventars auszuschliessen. Somit blieb es den Partikularrechten anheimgestellt, auf Grund dieser speziellen Vorbehalte und der generellen Ermächtigung des § 200 G. f. G. ausführende bezw. ergänzende Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften zu schaffen. — Die hiernach getroffene Kompetenzregelung ist in den verschiedenen Bundesstaaten eine überaus mannigfaltige: z. T. verblieb die Funktion des Sicherungsvollzugs den ordentlichen Nachlassbehörden, z. T. wurde gestattet oder geboten, dass seitens derselben andere für zuständig erklärte amtliche Organe oder Behörden mit der Ausführung beauftragt werden; letzterenfalls ist die Zuständigkeit dieser Vollzugsorgane teils eine ausschliessliche, teils eine fakultative ev. elective. Im einzelnen ist die Gestaltung etwa die folgende:

1. Entweder ist die für die Anordnung kompetente ordentliche Nachlassbehörde selbst zugleich für die Ausführung der Sicherungsmassnahme zuständig.

[Lipp. A. G. B. G. B. § 44; Oldenburg. A. G. G. f. G. § 1 (§ 4); Reuss ä. L. A. G. G. f. G. § 4 Zffr. 9; Reuss j. L. A. G. B. G. B. § 134; Sachsen-Altenb. A. G. G. f. G. § 4; Sachsen-Kob. Gotha G. f. G. art. 15, 16; Sachsen-Mein. A. G. G. f. G. art. 2 Zffr. 4, 5; Sachsen-Weim. A. G. G. f. G. art. 2; Schaumb.-Lippe A. G. G. f. G. § 1, 5, 6; Schwarz.-Rud. A. G. G. f. G. art. 17; Schwarzb.-Sond. A. G. G. f. G. § 1].

Teilweise ist aber durch Landesgesetz dieser Behörde der Sicherungsvollzug nur ausnahmsweise gestattet oder schlechthin, namentlich in Ansehung der Nachlassverzeichnung verboten.

[Bad. R. P. G. § 43, 44, 45, R. P. O. § 103, 104; Bayer. Nachl. O. § 18, 19, 20, 22 I, A. G. G. V. G. art. 15 Abs. 3; Brem. A. G. B. G. B. § 63 Abs. 2; Hamb. A. G. B. G. B. § 78 Abs. 2; Els.-Loth. A. G. G. f. G. § 37; Hess. A. G. B. G. B. art. 117.]

2. Oder es überträgt die ordentliche Nachlassbehörde die Ausführung:

a) An untergeordnete Gerichtsorgane, nämlich:

α) an den Gerichtsschreiber,

[Bayer. A. G. B. G. B. art. 167 Abs. 1 XVI, A. G. G. V. G. art. 63, Nachl. O. § 18 II 1, 19, II, V, 22 — bezüglich der Aufnahme von Nachlassverzeichnissen jedoch nur bis zum Höchstwerte von 2000 Mk. — Hess. A. G. B. G. B. art. 117 Abs. 2, A. G. G. f. G. § 14; Preuss, A. G. G. V. G. art. 70, G. f. G. art. 38; Reuss ä. L. A. G. G. f. G. § 8; Reuss j. L. A. G. G. f. G. § 63; Sachsen-Mein. A. G. G. f. G. art. 6 Ziffr. 2; Sachsen-Weim. A. G. B. G. B. art. 240; Schwarzb.-Rud. A. G. G. f. G. art. 33.]

β) an den Gerichtsvollzieher;

[Brem. A. G. B. G. B. § 63; Hamb. A. G. G. f. G. § 78; Lüb. A. G. B. G. B. § 44; Oldenb. A. G. G. f. G. § 1, 4; Preuss. A. G. G. V. G. art. 74, G. f. G. art. 38, Gesch. Anw. f. Gvollz. v. 12. XII. 99 § 102 ff.; Reuss ä. L. A. G. G. f. G. § 8; Reuss j. L. A. G. G. f. G. § 63; Sachs.-Altenb. A. G. G. f. G. § 74 Abs. 2 Ziffr. 5; Sachs.-Kob.-G. G. f. G. § 77, 78; Sachs.-Mein. A. G. G. f. G. art. 7; Sachs.-Weim. A. G. B. G. B. art. 240; Schwarzb.-Rud. A. G. G. f. G. art. 33.]

b) An einen anderen Beamten oder eine andere Behörde:

α) an einen Notar, und zwar an diesen zumeist die Nachlassverzeichnung;

[Anhalt. A. G. G. f. G. art. 81; Bad. R. P. G. §§ 16, 43, 44, R. P. O. §§ 103 ff., 127 ff.; Bayer. A. G. G. V. G. art. 15, Not. G. art. 1 ff., Not. Gesch. O. § 274, Nachl. O. §§ 18 II 2, 19 V, 20, 22; Brem. A. G. B. G. B. § 63; Els.-Lothr. A. G. G. f. G. § 24; Hamb. Not. G. § 6 Zffr. 2; Hess. Not. G. art. 10 Zffr. 6; Lipp. A. G. G. f. G. § 44; Oldenb. A. G. G. f. G. § 1, 4; Preuss. G. f. G. art. 31 ff., 104 ff., 111 ff., 128 ff., 19, 87, A. G. G. V. G. art. 70, 74, 79; Reuss ä. L. A. G. G. f. G. § 8; Reuss j. L. A. G. G. f. G. § 2 Abs. 1 Zffr. 7; Sachsen Kob.-G. Not. O. § 18 Abs. 2; Sachs.-Mein. A. G. G. f. G. art. 3, 8, 92; Württ. A. G. B. G. B. art. 125 ff.]

β) an gemeindeamtliche oder besondere Hilfsorgane der freiwilligen Rechtspflege, z. T. nur in solchen Fällen, in denen die Sicherung ausserhalb des Sitzes der Nachlassbehörde vorzunehmen ist.

[Bad. R. P. G. § 16 ff., 44,2, 46,2, R. P. O. § 94 Zffr. 3, 103 ff., 127 ff. (örtliche Inventurbehörde); Bayer. A. G. B. G. B. art. 105 Abs. 1, Nachl. O. §§ 18, 19 IV, 20, 22, Min. Bek. v. 18. XII. 02 (Bürgermeister); Els.-Lothr. A. G. G. f. G. § 23 f.; Hess. A. G. G. f. G. art. 117, 131, 133 (Ortsgerichtsversteher); Oldenb. A. G. B. G. B § 12; Preuss. G. f. G. §§ 104, 108, 109, 128, Allg. Verf. v. 20. (28). XII. 99. § 7 ff. (Ortsgerichte, Dorfgerichte, Ortsvorsteher, Ortsgerichtsvorsteher); Reuss ä. L. A. G G. f. G. § 8 (Ortsgerichtspersonen); Reuss j. L. A G. G. f. G. § 63 (Amtsschulze); Sächs. A. V. B. G. B. v. 24. VII. 99 §§ 37, 39, 96, 99, Ges. v. 15. VII. 00 (Ortsgerichtspersonen); Sachs.-Altenb. Verord. v. 21. VI. 99 § 24 (Ortsgerichtspersonen); Sachs.-Mein. A. G. G. f. G. art 109, 110 (Gemeindevorsteher); Sachs. Kob.-G. G. f. G. art. 16, 74—77 (Gerichtsschöppen); Sachs.-Weim. A. G. B. G. B. § 240 (Gemeindevorsteher); Schaumb.-Lippe A. G. G. f. G. § 21 (Gemeinde- und Gutsvorsteher); Schwarzb.-Rud. A. G. G. f. G. art. 33 (Gemeindevorsteher, verpflichtete Ortsschätzer); Schwarzb.-Sond. Ges. v. 29. VII. 99 § 8, Min. Verf. v. 14. X. 99 § 99; Württ. A. G. B. G. B. art. 73, 128, Just. Min. Verf. v. 14. IX. 99 §§ 7—12 (Waisenrichter)].

B. Bei keinem Zweige der modernen staatlichen Nachlassfürsorge treten die von *Probst* (Arch. f. ziv. Pr. Bd. 75 S. 9. ff.) der reichsrechtlich für Nachlasssachen vorgesehenen allgemeinen Zuständigkeitsordnung vorgeworfenen Mängel deutlicher in die Erscheinung, als gerade bei der Nachlasssicherung.

Jedenfalls steht der Beamte der ordentlichen Nachlassbehörde, soferne sich ein Fürsorgebedürfnis ausserhalb seines Amtsbezirkes ergibt, den tatsächlichen Verhältnissen des Falles regelmässig viel zu ferne, um rechtzeitig und mit den richtigen Mitteln, aber auch mit der richtigen Masshaltung einschreiten zu können. In den Fällen wirklicher und unmittelbarer Gefahr wird der ordentliche Nachlassrichter, welcher nach Empfang der Todesanzeige zunächst in eine Prüfung der tatsächlichen Verhältnisse und in die Bedürfniswürdigung einzutreten hat, mit seinen Sicherungsvorkehrungen regelmässig zu spät kommen. Eine verspätet vorgenommene Versiegelung aber ist zwecklos; die Verzeichnung des der Verschleuderung ausgesetzten Nachlasses wird umso unverlässiger, je später sie erfolgt (*Probst* a. a. O.) Es hat deshalb in der Erkenntnis, dass es sich bei der Nachlasssicherung vor allem darum handle, dass die Massnahmen ohne Verzug erfolgen (vgl. Denkschr. z. G. f. G. S. 56), der Gesetzgeber

speziell für diesen Zweig der Nachlassfürsorge eine Erweiterung des ordentlichen Gerichtsstandes getroffen: Nach § 74 G. f. G. ist jedes Amtsgericht, in dessen Bezirke ein Bedürfnis der Nachlassfürsorge hervortritt, zur Anordnung von Massnahmen der Nachlasssicherung ermächtigt und verpflichtet.

Durch diese Erweiterung der örtlichen Zuständigkeit hat sich aber das Reichsrecht des Vorwurfes unsachgemässer Kompetenzregelung in Ansehung der Nachlasssicherung nur z. T. entledigt. Für diesen Zweck erweist sich die durch das Reichsrecht ausgesprochene Übertragung der sachlichen Zuständigkeit an die Gerichte überhaupt als ungeeignet. Die Mängel, welche die Zuweisung der Sicherungsfürsorge ausschliesslich an die Gerichte notwendig zur Folge haben muss, liegen in der Unfähigkeit des Richters zur Würdigung des gesetzlich eine Grundvoraussetzung der Nachlasssicherung bildenden Bedürfnisses. Nicht zwar, wie man nach *Probst* (a. a. O. S. 9 f.) annehmen soll, in einem Mangel persönlicher Fähigkeit des Richters zur Wahrnehmung dieser Aufgabe; denn m. E. leidet die moderne juristische Berufsausbildung nicht an jener formalen Einseitigkeit, welche den praktischen Blick für die tatsächlichen Bedürfnisse zu trüben geeignet wäre. Dagegen kann nicht in Abrede gestellt werden, dass tatsächlich, soweit die Zwecke der Nachlasssicherung in Frage stehen, die Gerichte eine zu schwerfällige Organisation darstellen: Den Mitgliedern der Amtsgerichte fehlt, wie *Probst* mit Recht hervorhebt, bei der Grösse der Bezirke, bei dem Wechsel der Gerichtsbesetzung die nötige Lokal- und Personenkenntnis, um die Frage, ob und inwieweit ein Fall der Gefährdung von Interessen des Erben, der Nachlassgläubiger oder Drittinteressenten vorliegt, sofort zuverlässig ermessen zu können.[1]) Zugegeben muss auch werden, dass bei

---

[1]) Der Richter wird daher bei Entscheidung der Bedürfnisfrage in der Hauptsache zumeist auf die Angaben seiner Unterorgane, auf die oft nicht objektiven Darlegungen Beteiligter oder privater Dritter angewiesen sein, ohne selbst — bei der drängenden Natur des Eingreifens — in eine Prüfung und Würdigung der Tatumstände (Befähigung, Zuverlässigkeit, Vertrauenswürdigkeit anwesender Hausbewohner, Angehöriger, Berufener) eintreten zu können. — Soweit die Auswahl eines Nachlasspflegers

ausschliesslicher Zuweisung der Fürsorgepflicht an den Richter die Versuchung für diesen naheliegt, im Gefühle seiner Verantwortung — aber im Widerspruche zu dem grundsätzlichen Gedanken des Reichsrechts — Schutzmassregeln in überflüssiger Weise zu ergreifen.

Es hat nun z. T. der Wunsch zweckentsprechender Erfüllung der dem Staate gerade in Ansehung der Sicherungsfürsorge obliegenden Aufgabe einzelne Bundesstaaten veranlasst, unter Ausnützung des Vorbehalts in art. 147 E. G. B. G. B. die gesamte Amtstätigkeit in Nachlasssachen an Stelle der Amtsgerichte lokalen nichtrichterlichen Organen als ordentlichen Nachlassbehörden zu überweisen. Wo dies nicht geschehen, wurde fast durchweg [1]) speziell für die Zwecke der Nachlasssicherung von jenem Vorbehalte durch Berufung besonderer lokaler, ev. kollegialisch organisierter nichtrichterlicher Sicherungsbehörden mit Laien- ev. kombinierter Besetzung Gebrauch gemacht. [2])

Auf Grund des § 74 G. f. G. entsteht für das Partikularrecht die Doppelfrage:

a) Gilt die Zuständigkeitserweiterung des § 74 nur für die amtsgerichtlichen Nachlassbehörden?

---

in Betracht kommt, ist allerdings reichsrechtlich eine Unterstützung des Nachlassgerichts durch eine lokale Hilfsbehörde der präventiven Rechtsfürsorge (Gemeindewaisenrat) vorgesehen §§ 1849 ff, 1915, 1962.

[1]) Eine Ausnahme gilt auf Grund des art. 121 preuss. G. f. G. in den Gebieten des vorm. Kurfürstentums Hessen, indem hier „lediglich zur Klarstellung des Rechtszustandes gegenüber den kurhessischen Partikulargesetzen“ (vgl. Denkschr. zu d. preuss. A. G. S. 76, 77) zur Sorge für die Nachlasssicherung nur die Amtsgerichte für zuständig erklärt sind.

[2]) Die Sicherungszuständigkeit wurde zumeist den unter II 2 b β genannten gemeindeamtlichen oder besonderen Vollzugsorganen der freiw. Rechtspflege übertragen. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird auf die dort zitierten partikulären Bestimmungen verwiesen. — In den Rahmen der gegenwärtigen Darstellung gehört nicht die durch das öffentliche Recht sich bestimmende Befugnis und Aufgabe der Polizeibehörden, auf Grund ihrer generellen Zuständigkeit zur Aufrechterhaltung der Sicherheit innerhalb ihres Bezirks nötigenfalls auch für die Sicherung eines Nachlasses tätig zu werden. (Vgl. auch Braunschw. G. f. G. § 11 Abs. 2; Brem. A. G. G. f. G. § 7 Abs. 2; Hamb. G. f. G. § 29).

b) Wenn nicht, besteht in den Bundesgebieten mit nichtrichterlichen Nachlassbehörden neben der ausserordentlichen Zuständigkeit dieser Landesbehörden auch noch auf Grund des § 74 eine Zuständigkeit der Amtsgerichte?

Die erste Frage ist m. E. zu verneinen. Durch jede reichsrechtliche Übertragung eines Nachlassgeschäftes an ein Gericht wird dieses für jene Tätigkeit zum Nachlassgerichte im Sinne des art. 147 E. G. B. G. B. So ist auch das auf Grund des § 74 zuständige Amtsgericht in Ansehung seiner Sicherungskompetenz Nachlassgericht im Sinne des Reichsrechts. Soweit nun nach Landesrecht die nachlassgerichtlichen Funktionen nichtgerichtlichen Behörden zugewiesen sind, ist auch deren örtlichen Zuständigkeit, die sich ja auch für sie vollkommen nach Reichsrecht regelt, durch § 74 dahin erweitert, dass jede Nachlassbehörde, in deren Bezirk ein Fürsorgebedürfnis hervortritt, sicherungszuständig ist.

Soweit die landesgesetzliche Kompetenzordnung die Zuständigkeit in Nachlassachen allgemein oder für Sicherungsangelegenheiten insbesondere nichtrichterlichen Behörden übertragen hat, liegt daneben für eine Zuständigkeit der Amtsgerichte (für die besonderen Zwecke der Nachlasssicherung) ein Bedürfnis nicht vor. Trotzdem kann man m. E. bei der positiven Gesetzesfassung nicht daran zweifeln, dass auch in diesen Bundesgebieten auf Grund des § 74 G. f. G. für die Amtsgerichte eine ausserordentliche Sicherungszuständigkeit besteht. Zu dem gegenteiligen Ergebnis könnte man nämlich nur dann gelangen, wenn der Gesetzgeber in § 74 auch in Ansehung der amtsgerichtlichen Sicherungszuständigkeit die sonst durchaus übliche Bezeichnung „Nachlassgericht“ gewählt hätte. Mithin hat jedes deutsche Amtsgericht für die Nachlassfürsorge der §§ 1960 ff. als zuständig zu gelten.

Die Zuständigkeit der nach § 74 eingreifenden Behörde beschränkt sich jedoch auf die Nachlasssicherung und ist eine nur vorläufige. Darum ist diese Behörde zwar auch für die Anordnung einer Nachlasspflegschaft und zwar selbst

einer Sicherungspflegschaft auf Antrag[1]) nicht aber auch für andere nachlassgerichtliche Tätigkeiten (Testamentseröffnung, Inventarfrist-Bestimmung, Erbscheinserteilung) zuständig. Daher muss die Sicherungsbehörde des § 74 von der getroffenen Massregel der ordentlichen Nachlassbehörde unverzüglich Mitteilung machen (§ 74 S. 2 G. f. G.); letztere ist dann ihrerseits berechtigt, die Angelegenheit an sich zu ziehen, die angeordnete Sicherungsmassregel abzuändern oder aufzuheben.

Während die Sicherungszuständigkeit der ordentlichen Nachlassbehörde (§ 73 G. f. G.) nicht davon abhängt, dass das die Anordnung bedingende Sicherungsbedürfnis gerade in dem Bezirke dieser Behörde in die Erscheinung getreten ist, setzt die ausserordentliche Zuständigkeit des § 74 voraus, dass ein Fürsorgebedürfnis gerade innerhalb des betr. Behördenbezirkes entsteht (arg.: „in dessen Bezirk das Fürsorgebedürfnis hervortritt"). Daher ist, wie *Oertmann* (bayer. Landesprivatrecht II S. 648) zuzugeben ist, die Bestimmung des § 3 Abs. II der bayer. Nachl.-Ordnung, welche neben dem ordentlichen Nachlassgerichte und dem Amtsgerichte des Fürsorgebedürfnisses schlechthin das Amtsgericht, an welches die Todesanzeige gelangt, zur Vornahme von Massnahmen der Nachlasssicherung für zuständig erklärt, als rechtsunwirksam zu erachten.[2]) Denn der Grundsatz des § 7 G. f. G., nach welchem auch eine seitens einer örtlich unzuständigen Behörde getroffene Sicherungsmassnahme nicht unwirksam ist,[3]) und der lediglich die Übertragung nachlassgerichtlicher Verrichtungen auf nichtrichterliche Behörden gestattende — nur auf die sachliche Zuständigkeit sich be-

---

[1]) Für die Sicherungspflegschaft auf Antrag wird dies von Boschan II. S. 40 und Weissler S. 104, 105, Rspr. II. 474 zu Unrecht verneint. — Vereinzelt wurde die Zuständigkeit der ausserordentlichen Sicherungsbehörde zur Bestellung eines Nachlasspflegers ausgeschlossen. Vgl. Hess. A. G. G. f. G. art. 131 Abs. 1 a. E.; Preuss. G. f. G. art. 104 Abs. 2 S. 3, 122, Not. Ges. § 1 b; Sachsen-Cob. G. G. f. G. art. 74 Abs. 1; Sachs.-Mein. A. G. G. f. G. art. 106 Abs. 2; Württ. A. G. B. G. B. art. 75.

[2]) Allerdings wird das Gericht der Todesanzeige oft als Gericht der notwendigen Fürsorge zuständig sein, aber dazu bedurfte es nicht jener Zuständigkeitsbestimmung. Vgl. Oertmann a. a. O.

[3]) Daher untersteht selbst die durch eine örtlich unzuständige Behörde angeordnete Siegelung dem Strafverbote des § 136 R. Str. G. B.

ziehende— Vorbehalt des art. 147 E. G. B. G. B. berechtigt die Landesgesetzgebung nicht, bezüglich der örtlichen Zuständigkeit von der reichsrechtlichen Kompetenzregelung abzuweichen.[1])

Unter mehreren auf Grund der §§ 73, 74 G. f. G. zuständigen Behörden gebührt der zuerst in der Sicherungssache tätig gewordenen der Vorzug § 4 G. f. G.

C. In der Anordnung der Nachlasssicherung besteht für die auf Grund des § 73 sowie 74 G. f. G. eingreifende Behörde eine umfangliche Beschränkung auf die in ihrem Bezirke befindlichen Nachlassgegenstände nicht.[2]) Da das deutsche Reich seiner bundesstaatlichen Verfassung entsprechend seit 1. Januar 1900 auch bezüglich der reichsrechtlich den Gerichten zugewiesenen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein einheitliches Rechtspflegegebiet bildet, so ist die eine Massnahme der Nachlasssicherung anordende Verfügung irgend einer deutschen Nachlassbehörde, soferne diese örtlich und nach dem Rechte des zugehörigen Bundesstaates sachlich zuständig ist, im ganzen Reiche wirksam und vollstreckbar. Zum Zwecke der Vornahme einer Sicherungshandlung (z. B. Beweisaufnahme, Ausführung von Massnahmen der Nachlasssicherung) darf aber das Nachlassgericht selbst ausserhalb seines Amtssprengels nur mit Zustimmung der Nachlassbehörde des betr. Orts oder nur — und um solche Fälle wird es sich bei der Nachlasssicherung nicht selten handeln — bei unmittelbarer Gefahr tätig werden. §§ 167 G. V. G., 2 G. f. G. Während nun aber auf dem Gebiete der streitigen Gerichtsbarkeit zum Zwecke der Vollstreckung einer Entscheidung das auswärtige Vollzugsorgan unmittelbar angegangen werden kann § 161 G. f. G., bedarf es zur Durchführung einer Sicherungsmassnahme ausserhalb des Bezirkes der Anordnungsbehörde stets eines an die örtlich und nach Landesrecht sachlich zuständige Sicherungsbehörde gerichteten Ersuchens um Rechtshilfe; denn für die Vollstreckung der dem freiwilligen Rechtspflegeverfahren angehörigen Entscheidungen gilt der reichsrechtliche Grundsatz unmittelbarer Betrauung des auswärtigen Vollzugsorgans durch die

---

[1]) Vgl Jastrow Komm. z. G. f. G. § 74, Birkenbihl S. 246.

[2]) And. Mein. Dorner S. 348.

anordnende Behörde nicht.[1]) Ein Ersuchen um Rechtshilfe darf von Seiten eines Nachlassgerichts oder einer nichtrichterlichen Nachlassbehörde nur wegen Unzuständigkeit der ersuchten Behörde, ferner nur dann verweigert werden, wenn der Fürsorgeeingriff nach dem Rechte der ersuchten Behörde verboten ist. §§ 158—161 G. V. G.; 2, 194 Abs. 1, 4 G. f. G.[2])

D. Die für Anordnung und Vollzug der Nachlasssicherung erforderlichen Verfahrensnormen ergingen partikularrechtlich überwiegend auf dem Verordnungswege.[3]) Die Einzelheiten der hienach erflossenen eingehenden „Verordnungen", „Verfügungen", „Anweisungen", „Bekanntmachungen" bedürfen wegen ihres teils referierenden, teis rein technischen Inhalts keiner Erörterung. Als allgemein beachtlich mag erwähnt sein, dass soferne nicht besondere Gründe dies rechtfertigen, seitens der Nachlassbehörde keine Massnahme zu treffen ist, durch welche den zur Zeit des Erbfalls im Hausstande des Erblassers unterhaltenen Familienangehörigen die Ausübung des ihnen gesetzlich zustehenden Anspruchs auf dreissigtägige Benützung der Wohnung und der Haushaltungsgegenstände illusorisch gemacht werden könnte § 1969.[4])

Die Fürsorgepflicht der Nachlassbehörde erschöpft sich nicht damit, dass diese unter den gesetzlichen Voraussetzungen Sicherungsmassnahmen anordnet, vollziehen lässt und überwacht, sowie nach Wegfall jener Voraussetzungen die getroffenen Massregeln aufhebt. Aus der Natur des Behördeneingriffes folgt vielmehr die weitere wichtige Aufgabe, ex officio zur Beseitigung des Zustandes der Rechtsungewissheit tätig zu werden (§ 12 G. f. G.) Zu diesem Zwecke hat die Nachlassbehörde den

---

[1]) Vgl. Jastrow a. a. O. S. 165, Birkenbihl Bem. 1, 2 b zu § 2.

[2]) Vgl. Els.-Loth. Not. Ztg. 05, 232, Bad Not. Ztg. 05, 142. — „Der Vorbehalt des art. 147 ist eine Ausnahme. Ihr Vorliegen hat nicht die Befreiung von der Verpflichtung zur Leistung der Rechtshilfe zwischen den Gerichten und anderen Behörden zur Folge". Entsch. d. sächs. O. L. G. 26, 478. (Neumanns Jhrb. f. deutsches Recht 06, 541, 850, 851).

[3]) Vgl. dagegen preuss. A. G. O. II. 5, §§ 22, 24—42, 45—46; Code de proc. art. 907—944.

[4]) Vergl. preuss. Allgem. Verf. v. 20. 28. XII. 99, § 16—22; bayer. Nachl O. § 7, III; Verf. d. württ. Just. Min. v. 14. IX. 99, § 7, Abs. 2; bad. R. Pol. O. § 108.

Erben, soferne dieser unbekannt ist, zu ermitteln, dem ermittelten Erben ev. Anfall und Berufungsgrund mitzuteilen, um gegen diesen die Ausschlagungsfrist in Lauf zu setzen (vgl. §§ 2262, 1953 Abs. 3, 1957, 1964, 2081 Abs. 2, 83 [Einholung der Stiftungsgenehmigung]).

Hinsichtlich der Art und Weise der Erbenermittelung ist dem freien behördlichen Ermessen durch gesetzliche Regeln nicht vorgegriffen. Namentlich kommen die für die Erbenermittelung zum Zwecke der Erbscheinserteilung aufgestellten strengen Vorschriften nicht zur Anwendung.[1]) So wenig ein Erbschaftsprätendentenstreit ein Hindernis für die Anordnung der Nachlasssicherung ist, so wenig ist er ein Hindernis für die Beendigung der Fürsorge: Ein Abwarten des Prozessergebnisses ist ebensowenig geboten, als bei Erteilung eines Erbscheins (§ 2360). — Wird innerhalb einer den Umständen entsprechenden Frist der Erbberufene nicht ermittelt, so tritt das bisher nur durch richterliches Ermessen geleitete Ermittelungsverfahren in ein formelles Stadium ein: In das Verfahren zum Zwecke der Feststellung des fiskalischen Erbrechts.[2]) Die weitere Erkundungstätigkeit hat sich in den starren Formen eines aufgebotsähnlichen Verfahrens zu vollziehen §§ 1964 ff. B. G. B., 948–950 C. P. O.

E. Ist der Erblasser *nicht deutscher Staatsangehöriger*, so ist zunächst für die Beurteilung der Fürsorgezuständigkeit die Frage, welches materielle Recht für die Beerbung in Anwendung kommt, völlig auszuscheiden. Denn die

[1]) A. L. R. I. 12 § 244 f., 483 ff., 493; I. 17 § 168 verlangte vor Beendigung der Nachlassfürsorge die Durchführung eines für den Erben überaus lästigen Legitimationsverfahrens. Vgl. hiegegen Koch, Preuss. Ldr. II S. 482: „Das preuss. Recht verlangt, dass der Erbschaftsprätendent gleichsam die hereditatis petitio mit dem Richter durchmache, indem dieser als Besitzer der Erbschaft auftritt". — Hörle im R 04, 369 ff. fordert vom Nachlassrichter lediglich nach Lage der Sache vernünftiger Weise vorzunehmende Erhebungen, keinen strikten Beweis für das Erbrecht". — Den richtigsten Standpunkt vertritt m. E. das bayer. Ob. L. G. n. F. III. 677: der Erbe hat im Sinne der §§ 1960 ff. als bekannt zu gelten, wenn für seine Erbberechtigung nach Klarlegung der tatsächlichen Verhältnisse *ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit* gegeben ist.

[2]) Vergl. Matthiessen Centralbl. f. freiw. Ger. 6, 392 ff., Hörle im R 04, 369 ff.

Zuständigkeitsfrage bildet, weil dem öffentlichen Rechte angehörig, keinen Gegenstand des internationalen Privatrechts. Auf Grund der prinzipiellen Gleichberechtigung der Staaten ist vielmehr für alle Verfahrensfragen, mithin auch für die Frage der Zuständigkeit lediglich das Recht des handelnden Gerichts (lex fori) massgebend. Daher entscheiden auch in Ansehung der Nachlasssicherung für die Zuständigkeit der Inlandsbehörde grundsätzlich die §§ 72 ff. G. f. G. (lex domicilii, subs. lex rei sitae unter prinzipieller Beschränkung auf die im Inlande befindlichen Nachlassgegenstände), für das gesamte Sicherungsverfahren das inländische Recht.[1]) Wesentlich modifizierend greifen allerdings hier die Staatsverträge ein.[2])

Die Sicherungsbedingungen aber stehen im untrennbaren Zusammenhange mit den privatrechtlichen Erbschaftserwerbsgrundsätzen, die Sicherungswirkungen sind, wie nunmehr erörtert werden wird, z. T. auch materiellrechtliche: Daher bestimmen sich in Ansehung von Ausländernachlässen die Voraussetzungen der Anordnung sowie der Aufhebung von Massnahmen der Nachlassfürsorge, soweit nicht abweichende Staatsverträge bestehen, m. E. durchaus nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts (art. 24—31 E. G. B. G. B.).[3])

[1]) Territorialitätsprinzip. — Zustimmend Weissler S. 24, Esslinger § 26, N. 1; insoweit unzutreffend Dorner S 346, 347, Birkenbihl S. 243, 242 — Im Ergebnisse ebenso Seidel (die Zuständigkeit der Nachlassgerichte beim Tode von Ausländern, Dissertation, Neumanns Jhrb. f deutsches R. 06, 861). welcher jedoch in m. E. willkürlicher Weise den inländischen Behörden die Zuständigkeit je nach der Art der Nachlasstätigkeit zuerkennt oder versagt, je nachdem eine lediglich declarative bezw. rechtssichernde oder eine constitutive Tätigkeit in Frage steht.

[2]) Auf Grund des art. 56 E. G. B. G. B. stehen bezügl. der Nachlasssicherung selbst die vor dem 1. Jan 1900 seitens der Einzelstaaten geschlossenen Staatsverträge in Kraft. — Im übrigen vgl. Böhm, Hdb. d. intern. Nachlassbehdlg (1895) S. 48 ff., 26 ff., 76 ff.; Staudinger, Staatsvertr. des deutschen Reichs 2. Aufl. I. S 342 ff.; Rspr. II. 474, N. 1; R. V. 312. — Nach diesen Staatsverträgen besteht zumeist eine Mitteilungspflicht gegenüber dem ausländischen Vertreter und für diesen bezügl. der Sicherungsvornahme ein ev. ausschliessliches Mitwirkungsrecht.

[3]) Nur die Erkenntnis und Würdigung der Doppelseite (d. h. der formellen und materiellen Seite) der Nachlassfürsorge führt zu einer befriedigenden Lösung dieser überaus bestrittenen Frage. Vgl. von der Pfordten Hdb. d. Nachl. Behdlg. von Ausländern (04) S. 8 ff., 25 ff.

§ 8.

Die materiellrechtliche Bedeutung der Fürsorgemassnahmen für die Nachlassbeteiligten.

A. Die Bedeutung der Siegelung.

Über die privatrechtlichen Wirkungen der Siegelung schweigt das Reichsrecht. Vorschriften der früheren Landeszivilrechte, nach denen der Siegelung zumeist der Zweck und die Wirkung obrigkeitlicher Besitzergreifung zukam, sind durch art. 55 E. G. B. G. B. ausser Kraft gesetzt.[1]) In Ermangelung positiver Gesetzesbestimmungen sind daher aus selbständiger Untersuchung des Zweckes, der strafrechtlichen Bedeutung und der tatsächlichen Seite dieser Sicherungsmassnahme deren rechtliche Wirkungen abzuleiten.

Bei dem im B. G. B. zur Geltung gebrachten Grundsatze der Besitzvererbung (§ 857 B. G. B.) kann der Siegelung nicht die ihr ehedem beigelegte Bedeutung zukommen, den Erben zu verhindern, die zum Erwerbe des Besitzes (an den dem Rechte nach erworbenen Erbschaftssachen) vordem erforderlichen Besitzergreifungshandlungen eigenmächtig zu betätigen. Es könnte sich nach modernem Rechte nur darum handeln, den auf den Erben mit dem Erbfalle ipso jure übergegangenen Besitz diesem, oder soferne nach dem Erbfalle seitens eines Dritten der Besitz an Nachlassgegenständen erworben worden ist, diesem Dritten den Besitz wieder zu entziehen.

Es wird nun noch für das moderne Recht die Behauptung aufgestellt, durch die Siegelung erwerbe das Gericht den Besitz der gesiegelten Nachlassgegenstände, da es durch den Eingriff in den Nachlass zum Zwecke der Siegelung die tatsächliche Gewalt an den Erbschaftssachen erlange. Diese Auffassung ist jedoch unzutreffend. Durch die Siegelanlegung erlässt die Behörde auf Grund ihrer Sicherungszuständigkeit das Verbot willkürlichen Zuganges zu den von der Siegelung

---

[1]) Das bisherige bayer. Recht z. B. verstand unter Siegelung: „Die gerichtliche Verwahrung einer Verlassenschaftsmasse". — Bayer. Gen. Mand. v. 30. X. 1767 Bl. f. Ranw. 15, 366; Wagner, Hdb. d. amtsger. Verf. (1895) § 47 A 1.

betroffenen Nachlasssachen und steht fortan selbst unter diesem Verbote. Auch das Gericht darf die einmal angelegten Siegel nur lösen, wenn die Anordnungsvoraussetzungen entfallen sind oder wenn es sich darum handelt, einzelne verderbliche oder unentbehrlich werdende Nachlassgegenstände von der Sperre zu befreien.[1]) Eine Befugnis tatsächlicher Verfügung ist dem Gerichte für die Dauer der Siegelung sowenig eingeräumt, als vor Anordnung derselben oder nach Lösung der Siegel.

Der Frage nach der rechtlichen Natur der Siegelung wurde bisher lediglich von *Binder* I S. 182, 183, *Strohal* II § 62 N. 45 und *Weissler* S. 95, 99 eine — freilich wenig eingehende — Beachtung gewidmet.[2])

Binder behauptet, die Siegelung bewirke für den Erben nach Massgabe des § 856 Abs. 1 B. G. B. die Endigung des ipso jure erworbenen Besitzes mit der Folge, dass der Erbe, soweit die Siegelung reicht und solange sie währt, die Besitzklagen nicht ausüben könne und nach der Entsiegelung den Besitz an den Nachlasssachen ergreifen müsse, um wieder Besitzer zu werden. Während der Siegelung aber habe niemand den Besitz, da das Gericht nicht besitzen könne.

Strohal dagegen erblickt unter Verwerfung der Ansicht *Binders* in der Siegelung lediglich eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung des Erben in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt gemäss § 854 Abs. 2 B. G. B., sodass eine Endigung des Erbenbesitzes nicht in Frage kommen könne.

Weissler beschränkt sich auf die Behauptung: Besitz und Verfügungsmacht gehen nicht auf das Gericht über, sondern verbleiben beim Erben mit der einzigen Beschränkung, dass dieser den Verschluss nicht aufheben darf.

---

[1]) Landesgesetzlich sind die Fälle, unter denen der Sicherungsbehörde vor Wegfall der Voraussetzungen des § 1960 ausnahmsweise die Aufhebung der Siegel gestattet ist, z. T. genau festgesetzt. Vgl. z. B. bayer. Nachl O. § 9, II; Verf. d. württ. Just. Min. v. 14. IX. 99, § 11; bad. R. Pol. O. § 122.

[2]) Die Motive schweigen. Lediglich gelegentlich der Begründung des art. 140 E. G. B. G. B., als es sich um die Erweiterung der reichsrechtlich gegebenen Sicherungsvoraussetzungen durch Landesrecht handelte, wurde geltend gemacht, dass hierin eine Abweichung in Ansehung des materiellen Rechts nicht liege. (Mat. z. E. G. S. 121).

Richtig ist, dass für die Dauer der Siegelung selbst der Erbe von dem durch § 136 Str. G. B. strafrechtlich geschützten Verbote willkürlichen Zuganges zu dem Nachlasse betroffen ist: Auch er darf selbständig den amtlichen Verschluss nur aufheben, wenn er hiezu vom Gerichte ausdrücklich ermächtigt ist.[1]) Es fragt sich aber, ob dieses publizistische Schutzverbot an sich die zivilistische Wirkung des Besitzverlustes für den Erben begründen kann. Das Strafgesetz verbietet zwar dem Erben, die tatsächliche Gewalt über die Nachlassgegenstände auszuüben und er darf dieses Verbot nicht missachten, wenn er sich nicht strafrechtlich verantwortlich machen will. Es ist jedoch die Sicherungsmassnahme der Siegelung an sich nicht von der tatsächlichen Wirkung, dass der Erbe die tatsächliche Gewalt über die gesiegelten Gegenstände nicht mehr ausüben könnte. Tatumstände allein aber bestimmen Besitzerwerb und Besitzverlust, soferne nicht eine zivilistische Norm — wie § 857 bezüglich des Besitzerwerbs lediglich auf Grund des Erbrechts — etwas abweichendes bestimmt. Ein Rechtssatz aber, welcher der Siegelung die zivile Wirkung des Besitzverlustes zuspräche, besteht nicht. Auch der Dieb darf nach dem Verbotsgesetze des § 242 Str. G. B. die tatsächliche Gewalt über die fremde Sache sich nicht aneignen, wird und bleibt aber nach Zivilrecht Besitzer, wenn er sie an sich nimmt und solange er die tatsächliche Gewalt ausüben kann. Es ist somit die Folgerung des Besitzverlustes unmittelbar aus den strafrechtlichen Wirkungen der Siegelverletzung m. E. nicht gerechtfertigt und deshalb der Auffassung *Binders* zu widersprechen. Der Erbe verliert durch die Siegelung nicht den Besitz.

Als rechtliche Folge der von *Binder* vertretenen Ansicht ergäbe sich, dass der Erbe, soferne ein Dritter in Ansehung eines gesiegelten Gegenstandes verbotene Eigenmacht verüben würde, ausser Stande wäre, die Besitzschutzmittel auszuüben (§§ 859 ff.); zudem würde während der fraglichen Zeit die Eigentumsvermutung des § 1006 ihm nicht zustatten kommen und die bis zum Erbfalle aufgelaufene Ersitzungszeit (§§ 937, 943

[1]) Vgl. z. B. bayer. Nachl. O. § 18. VI.

B. G. B.) unterbrochen §§ 940, 942 B. G. B. Letzteres ist, sei es dass man den Nachlass als im Besitze des Gerichtes befindlich oder als besitzlos (*Binder*) annimmt, bei der Unanwendbarkeit des § 944 — selbst nach *Binder* wird das Gericht durch die Siegelung nicht Besitzer, geschweige denn Erbschaftsbesitzer — und bei der möglicherweise länger als 1 Jahr währenden Dauer der Siegelung[1]) trotz des § 944 von erheblicher Bedeutung: Solchenfalls wäre für den Definitiverben die bereits verstrichene Ersitzungszeit dauernd verloren, eine neue Ersitzung könnte erst nach der Entsiegelung beginnen (§ 942). Endlich müsste nach Lösung der Siegel der Erbe Besitzergreifungshandlungen vornehmen, um wieder Besitzer und zwar nunmehr auf Grund des § 854 zu werden. — Diese aus der Ansicht *Binders* gezogenen Konsequenzen verlieren ihre praktische Bedeutung nicht durch den Einwand, jede Handlung des Erben, durch welche dieser die aus dem Besitze sich ergebende Rechtsposition für sich in Anspruch nimmt, schliesse eine pro herede gestio in sich und beseitige hiemit ohne weiteres die Voraussetzungen der Siegelung; daher stehe der Geltendmachung der Eigentumsvermutung oder der Besitzschutzmittel sowie der Besitzergreifung ein Hindernis nicht mehr im Wege. Hiegegen gilt nicht nur, dass auch die Geltendmachung des Erbschaftsbesitzes nicht notwendig eine Bekundung des Willens, Erbe zu bleiben, in sich schliesst, sondern namentlich, wie bereits gezeigt und noch zu zeigen ist, dass die Siegelung trotz erfolgter Erbschaftsannahme eintreten kann und, wenn einmal vollzogen, fortbesteht, bis die Aufhebung der Massnahme behördlich angeordnet und tatsächlich durchgeführt ist. Bis dahin wäre, die Richtigkeit der Ansicht *Binders* zugegeben, dem Erben Besitz-

---

[1]) Die Dauer einer Siegelung kann sich über die in § 940 Abs. 2 gesetzte 1jährige Frist sowohl dann hinausziehen, wenn der Erbe innerhalb dieses Zeitraumes nicht bekannt wird, oder wenn die sechswöchige bezw. sechsmonatige Ausschlagungsfrist mit Rücksicht auf §§ 1944 Abs. 2, 1952 Abs. 2, 1953 (Unkenntnis von Anfall und Berufungsgrund, wiederholte Ausschlagungen, Tod eines Erbberufenen unmittelbar vor Ablauf der Ausschlagungsfrist) verspätet zu laufen beginnt. — Über die Möglichkeit zu langer Dauer der Ausschlagungsfrist klagt schon Baron (Arch. f. civ. Pr. Bd. 75, S. 248 f.).

erwerb und Besitzschutz verwehrt. Die Erzeugung solch starker zivilrechtlicher Wirkungen entspricht nicht dem modernen Siegelungszwecke und lag nicht in der Absicht des Gesetzgebers.[1])

Trotzdem erscheint auch die entgegengesetzte Behauptung *Weisslers*: Der Erbe verliere durch die Siegelung weder Besitz noch Verfügungsmacht, insoweit hiebei nicht lediglich rechtliche Verfügungen gemeint werden, als zu weit gehend und unhaltbar. Die Siegelung verhindert allerdings den Erben nicht, in Ansehung der versiegelten Gegenstände rechtliche Verfügungen aller Art zu treffen; sie enthält an sich für ihn auch kein physisches Hindernis tatsächlicher Besitzausübung. Wohl aber bildet das Strafverbot und die durch dieses erzeugte Furcht vor den Folgen der Siegelverletzung ein sehr starkes, mittelbar wirkendes subjektives Hemmnis für den Erben, welches nach der Verkehrsanschauung als ein die Ausübung der tatsächlichen Verfügungsmacht sehr intensiv beeinträchtigender Tatbestand zweifellos zu gelten hat. — Immerhin kommt aber dieser Beeinträchtigung nicht die Bedeutung eines Entzuges der tatsächlichen Gewalt zu, denn nach Anlass und Zweck drängt die Siegelung darauf hin, in kurzer, regelmässig absehbarer Zeit wieder gelöst zu werden. Sie ist ein interimistischer Staatsakt, der seinem Zwecke nach in erster Linie dem Zugriffe unberechtigter Dritter wehren soll, seiner Anlage nach aber selbst demjenigen in zeitlicher Begrenzung die tatsächliche Verfügung verbieten muss, der sich nach Klärung der Verhältnisse als der von Anfang an wahre Berechtigte, dessen Schutz durch die Siegelung hauptsächlich erstrebt wird, herausstellt.

Es ist daher der Ansicht *Strohals* beizustimmen: Die Siegelung bewirkt zivilrechtlich nicht den Verlust des Besitzes; wohl aber bedeutet sie durch die auch den Erben treffende Strafandrohung eine Behinderung in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt, die aber, weil ihrer Natur nach vorübergehend, eine Beendigung des Erbenbesitzes nicht zu bewirken vermag. Es verbleibt somit dem Erben trotz der Siegelung die

[1]) Vgl. die oben citierte Begründung zu art. 140 E. G., Mat. S. 121.

gesamte mit dem Erbfalle auf ihn übergangene besitzrechtliche Position des Erblassers, Besitzschutz, Eigentumsvermutung und conditio usucapiendi. Ansprüche, die sich gegen den Besitzer als solchen richten, können, auch wenn sich der Gegenstand des Anspruchs unter Siegel befindet, gegen den Erben bezw. den Erbenvertreter geltend gemacht werden.[1]) Die Entsiegelung hat deshalb auch nicht mehr wie ehedem die Bedeutung einer Ermöglichung oder Gestattung der Besitzergreifung oder, wiewohl noch aus der Fassung moderner in Ausführung der Reichsgesetze erlassenen partikulären Vorschriften[2]) — Nachklänge des früheren Rechtszustandes — hervorgehen möchte, die Bedeutung behördlicher Einweisung des Erben in den Nachlassbesitz.

B. Die rechtliche Bedeutung der Hinterlegung soll zunächst auf der Grundlage des materiellen Reichsrechts untersucht werden. Es wurde bereits oben (§ 5 B der Darst.) dargetan, dass es sich bei der „Hinterlegung" des § 1960 Abs. 2 nicht um den Rechtsvorgang der Hinterlegung im Sinne der §§ 372 ff. B. G. B. handelt; denn letztere hat den Zweck der Befreiung des Schuldners von seiner Verbindlichkeit (§ 378 ff.), die rechtliche Bedeutung eines Erfüllungssurrogates, bei ersterer dagegen ist die Hinterlegung Selbstzweck, Sicherungsmassnahme.

Der Vorgang der Hinterlegung im Sinne des § 1960 Abs. 2 vollzieht sich notwendig in der Weise, dass die Nachlassbehörde durch ihr Sicherungsorgan die Sicherungsobjekte zunächst an sich nimmt. Vielfach schliesst hiemit die Sicherungstätigkeit ab: Jene Nachlasssachen bleiben in der Verwahrung der Nachlassbehörde. Zweifellos ist es nun, dass

---

[1]) Die obigen Ausführungen treffen natürlich dann nicht zu, wenn nach dem Erbfalle von Seiten eines Dritten der Besitz ergriffen wurde.

[2]) So spricht z. B. das bayer. Geb. G. art. 101 noch von einer „Ausantwortung" des Nachlasses an den Erben nach Aufhebung der Siegelung. — Das preuss. Formular III zur Allgem. Verf. v. 20 XII. 99 enthält in dem Muster zu einer Verhandlung über die Entsiegelung eines Nachlasses den Passus: „Hierauf wurde der Nachlass dem ..... zur Verfügung gestellt; er quittierte über die richtige Überlieferung des Nachlasses".

letztere durch diesen Vorgang, da sie die tatsächliche Gewalt über die den Gegenstand der Sicherung bildenden Objekte ergreift, Besitzerin derselben wird (§ 854). Der Erbe aber verliert hiedurch die tatsächliche Gewalt und damit auch den Besitz im Sinne der §§ 854–867 B. G. B. — Trotzdem aber geht dem Erben der mit dem Erbfalle ipso jure erworbene Besitz an den in gerichtliche Verwahrung genommenen Gegenständen durch diesen Vorgang nicht völlig verloren. Durch die Besitzergreifung ist nämlich die Nachlassbehörde in Ansehung der den Gegenstand der Sicherung bildenden Nachlasssachen dem Erben gegenüber in ein publizistisches Rechtsverhältnis getreten: Auf Grund ihrer Sicherungszuständigkeit ist sie für die Dauer des Vorliegens der Fürsorgevoraussetzungen zum Besitze der Sicherungsobjekte berechtigt und verpflichtet. Mithin ist gemäss § 868 B. G. B. auch der Erbe Besitzer und zwar mittelbarer Besitzer und kann als solcher alle aus dem Besitze fliessenden Rechte geltend machen.[1])

Zumeist aber wird die Behörde schon aus äusseren, praktischen Gründen die zum Zwecke der Sicherung an sich genommenen Gegenstände nicht in eigenem Gewahrsam behalten, sondern einem Dritten zum Zwecke der Verwahrung übergeben: Die Behörde schliesst mit dem Dritten einen Verwahrungsvertrag im Sinne der §§ 682 ff. ab. Unmittelbarer Besitzer wird nunmehr der Dritte. Für den Erben aber gestaltet sich die Rechtslage je nach dem Inhalte der zwischen der Behörde und dem Verwahrer getroffenen Vereinbarung verschieden. — Vor allem kann keine Rede davon sein, dass die Nachlassbehörde jenen Verwahrungsvertrag im Namen des Definitiverben abschliesst und hiedurch unmittelbar für diesen den Zurücknahmeanspruch des § 695 erwirbt; denn die Nachlassbehörde ist zur Vertretung des Erben weder berufen, noch befugt.[2]) Vertragssubjekt ist vielmehr das vertragsschliessende Organ, also

[1]) Dass die gerichtliche Verwahrung ein Besitzvermittelungsverhältnis im Sinne des § 868 B. G. B. begründet, wurde vom Reichsgerichte neuerdings anerkannt. R. G. 59, 201.

[2]) Vgl. Samml. v. Entsch. d. bayer. Ob. L. G. IV. S. 332; Roth S 345, Binder I. S. 182.

zumeist der Nachlassrichter als Vertreter der Nachlassbehörde: Diese allein erwirbt zunächst aus jenem Verwahrungsvertrage das Zurücknahmerecht gegenüber dem Verwahrer. Dem Erben aber wird durch das zwischen ihm und der Nachlassbehörde bestehende öffentlichrechtliche Verhältnis und durch das zwischen dieser und dem Verwahrer begründete Privatrechtsverhältnis der Besitz an den hinterlegten Sachen vermittelt (§ 871). Der Erbe bleibt also auch in diesem Falle Besitzer im Sinne des § 868. — Es ist aber auch möglich, dass die Sicherungsbehörde gelegentlich der Verwahrung mit dem Dritten einen Vertrag dahin abschliesst, dass die Zurückgabe der hinterlegten Gegenstände an den Erben zu erfolgen habe (Vertrag zu Gunsten eines Dritten §§ 328 ff. B. G. B.). Die Wirkung eines solchen Vertrages geht dann dahin, dass der Erbe unmittelbar das Recht erlangt, Verwahrung und Rückgabe zu fordern, und besitzrechtlich direkt gegenüber dem Verwahrer in ein Besitzvermittelungsverhältnis tritt (§§ 328 Abs. 1, 868 B. G. B.). Regelmässig wird die Nachlassbehörde dabei die Bestimmung treffen — und wo dies nicht bestimmt, wird es als aus den Umständen, namentlich aus dem Sicherungszwecke der Hinterlegung folgend zu gelten haben —, dass das Recht der Rücknahme nur demjenigen zusteht, der sich als wirklicher und endgiltiger Erbe herausstellen wird (§ 328 Abs. 2). Das Rücknahmerecht entsteht in diesem Falle erst und nur für denjenigen, der (durch Annahme bezw. Nichtausschlagung innerhalb der abgelaufenen Frist) definitiver Erbe geworden ist und sich als solcher gegenüber dem Verwahrer legitimiert. Die Wirkungen einer solchen Vertragsnebenabrede zu Gunsten des Definitiverben sind denjenigen nicht unähnlich, die sich aus einem Vertretungsverhältnisse der Nachlassbehörde gegenüber dem Erben für den letzteren ergeben würden.

Keinesfalls also tritt mit der Verwahrung oder Hinterlegung im Rechtssinne ein Besitzverlust des Definitiverben ein. Entzogen wird ihm allerdings der unmittelbare Besitz. Der mittelbare Besitz aber bleibt ihm jederzeit erhalten und auf Grund desselben ist er im Stande, alle aus dem Besitze fliessenden Rechte aussergerichtlich und gerichtlich geltend zu machen; denn überall, wo im Gesetze der Besitzbegriff verwendet wird, ist unter „Besitz“

schlechthin auch der ohne eigene körperliche Gewalt bestehende mittelbare Besitz zu verstehen.[1])

Zur Erlangung des unmittelbaren Besitzes an den hinterlegten Erbschaftsgegenständen bedarf aber der Definitiverbe regelmässig in irgend einer Form der Mitwirkung der Nachlassbehörde: Entweder händigt diese dem Erben die hinterlegten Gegenstände nach Rücknahme vom Verwahrer selbst aus, oder sie cediert ihm den aus dem Verwahrungsvertrage entstandenen Rücknahmeanspruch und scheidet dadurch aus dem Besitzvermittelungsverhältnisse aus (§ 870 B. G. B.) Insoferne trägt die Aufhebung der Behördenfürsorge der Hinterlegung die Bedeutung einer Einweisung des Definitiverben in den unmittelbaren Besitz jener Nachlasssachen. Eine Mitwirkung in einer dieser Formen ist nur dann nicht geboten, wenn die Behörde den Verwahrungsvertrag unter der Nebenabrede abschliesst, dass der Verwahrer zu unmittelbarer Herausgabe der hinterlegten Sachen an den Definitiverben verpflichtet sein soll.

Die Landesgesetzgebung hat auf Grund ihrer Autonomie auf dem Gebiete der Verfahrens- und Vollzugsregelung zumeist die Bestimmung getroffen, dass die Hinterlegung zum Zwecke der Nachlasssicherung grundsätzlich oder ausschliesslich bei der als öffentlichen Hinterlegungsstelle bestimmten Anstalt zu erfolgen habe. Soweit dies der Fall, sind die im Vorstehenden auf rein privatrechtlicher Basis gewonnenen Möglich-

[1]) Andere Verhältnisse ergeben sich dann, wenn die Verwahrung vertretbarer Nachlasssachen unter der Bestimmung erfolgt, dass das Eigentum an denselben auf den Verwahrer übergehen soll und dieser mithin nach Darlehensgrundsätzen verpflichtet ist, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren (depositum irregulare § 700). Solchenfalls wird allerdings dem Erben bezüglich jener Nachlasssachen der Besitz völlig entzogen. Ein Rückforderungsrecht unmittelbar gegenüber dem Verwahrer erwirbt der Definitiverbe in diesem Falle nur, wenn die Nachlassbehörde mit dem Verwahrer einen Nebenvertrag auf Leistung an den Definitiverben im Sinne der § 328 ff. abgeschlossen hat. Von letzterem Falle abgesehen wird sich die Aufhebung der Sicherungsmassnahme der Hinterlegung dann zumeist in der Form vollziehen, dass die Nachlassbehörde den ihr zustehenden Rückforderungsanspruch dem Definitiverben cediert, event. diesem eine Anweisung (§ 783) aushändigt.

keiten und Grundsätze z. T. fixiert, z. T. modifiziert durch die Ausgestaltung des partikulären Hinterlegungswesens (art. 144—146 E. G. B. G. B.)[1])

C. Die rechtliche Bedeutung der Nachlassverzeichnung.

Ein zum Zwecke der Nachlasssicherung durch das Nachlassgericht oder auf Anordnung desselben durch den nach Landesrecht zuständigen Inventurbeamten aufgenommenes und der Nachlassbehörde eingereichtes „Verzeichnis des Nachlasses" entspricht vollkommen den für das „Inventar" im Sinne der §§ 1993 ff. aufgestellten zwingenden Formalbestimmungen, und zwar selbst dann, wenn das Verzeichnis eine vollständige Angabe der Aktiva und Passiva, Beschrieb und Wertbestimmung nicht enthält. Denn bei den letztgenannten Formalerfordernissen handelt es sich lediglich um Sollvorschriften (§ 2001), deren Nichtbeachtung der Wirksamkeit eines Verzeichnisses als „Inventar" im Sinne des Haftungsrechtes nicht entgegensteht. Die Mussvorschrift amtlicher Mitwirkung aber ist beim Sicherungsverzeichnisse stets erfüllt, da die Aufnahme eines solchen nicht nur in der Form der Hinzuziehung einer zuständigen Behörde (§ 2001), sondern stets durch diese selbst und zwar entweder durch eigene Tätigkeit des Nachlassgerichts oder infolge nachlassgerichtlicher Übertragung durch die zuständige Inventurbehörde geschieht (§ 2002 vgl § 7 der Darst.). Ein beim Nachlassgerichte sich befindendes Sicherungsverzeichnis unterscheidet sich mithin nach Inhalt und Form nicht von einem für die Zwecke der Haftungsbeschränkung brauchbarem „Inventare" (= amtliches Verzeichnis des Nachlasses §§ 1960 Abs. 2, 1993. 2002).

Welche Wirkungen ergeben sich hieraus für die Rechtsstellung des Erben und der Nachlassgläubiger?

---

[1]) Eine erschöpfende Zusammenstellung der landesgesetzlichen Bestimmungen über das Hinterlegungswesen enthält Fischer-Henle, art. 144 E. G. B. G. B.

Zunächst kann keine Rede davon sein,[1]) dass die Aufnahme eines Sicherungsverzeichnisses für den Erben die Wirkungen einer durch ihn selbst auf Grund nachlassgerichtlicher Fristsetzung (§ 1994) oder freiwillig (§ 1993) betätigten Inventarerrichtung ohne weiteres begründe mit der Folge, dass er auf eine ihm hinterher auf Antrag eines Nachlassgläubigers durch das Nachlassgericht bestimmte Inventarfrist untätig bleiben könnte, ohne hiedurch dem Verluste des Haftungsbeschränkungsrechtes (§ 1994 Abs. 1 S, 2) zu verfallen.[2]) Diese Rechtsfolge ergäbe sich nur dann, wenn der Nachlassbehörde die rechtliche Stellung eines gesetzlichen Vertreters des Definitiverben zukäme. Dass diese Stellung dem Nachlassgerichte hier so wenig wie sonst bei Ausübung einer Fürsorgefunktion zukommt, wurde bereits betont.[3]) Aus dem gleichen Grunde vermag eine während der Aufnahme des Sicherungsverzeichnisses etwa erklärte oder betätigte Auskunftsverweigerung des Erben für diesen den Verlust der Beschränkungseinrede nach §§ 2005 Abs. 1 S. 2, 2003 Abs. 2 nicht zu bewirken.[4])

---

[1]) Über die rechtlichen Beziehungen des Sicherungsverzeichnisses zum Inventar im Sinne der §§ 1993 ff. besteht in der gegenwärtigen Literatur keine Klarheit. Während Planck Bem. 3 a zu § 1993 dem Sicherungsverzeichnisse jede Bedeutung für die Haftungsbeschränkungszwecke abspricht „wenngleich, soweit es sich um Aktiva handelt, der § 2001 wird herangezogen werden können", erklärt Staudinger die Vorschrift des § 2010 schlechthin auf das Sicherungsverzeichnis für anwendbar, während er eine Anwendung der übrigen Inventarbestimmungen als ausgeschlossen bezeichnet, „da dieses Verzeichnis nicht den Zweck habe, die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung zu wahren" (vgl. Bem. 3 b).

[2]) Vgl. Hachenburg S. 666, Planck Bem. 1, Staud. Bem. 2 zu § 1993.

[3]) Vgl. Entsch. des bay. Ob. L. G IV, 332, Binder I. S. 182. — Eine einzige Ausnahme ergibt sich auf Grund der §§ 1844, 1915, 1962 für den Fall einer Sicherheitsleistung durch den Nachlasspfleger Hier vertritt auf Grund der positiven Vorschrift des § 1844 Abs. 2 das Nachlassgericht den Definitiverben: die unter nachlassbehördlicher Mitwirkung betätigte Bestellung, Änderung oder Aufhebung der Sicherheit wirkt unmittelbar für und gegen den Definitiverben.

[4]) Einer solchen Weigerung könnte die Nachlassbehörde auf Grund des für die Nachlasssicherung geltenden Offizialprinzips durch Zwangsmassnahmen entgegentreten (vgl § 3 der Darst.), während im Falle des § 2003 Abs. 2 ein direkter Zwang zur Auskunftserteilung dem Erben gegenüber ausgeschlossen ist (Mot. V. S. 616, 617).

Immerhin ist für den Erben das Vorhandensein eines den Voraussetzungen des § 2003 entsprechenden Sicherungsverzeichnisses für die Zwecke der Haftungsbeschränkung rechtlich nicht wertlos: Wird ihm nämlich durch das Nachlassgericht auf Antrag eines Gläubigers eine Inventarfrist bestimmt, so genügt zur Abwendung der unbeschränkten Haftung die noch innerhalb der Inventarfrist durch ihn erklärte Bezugnahme auf jenes Nachlassverzeichnis (§ 2004). Von nun ab erscheint allerdings das Sicherungsverzeichnis als Inventar in dem engeren Sinne der §§ 1993 ff. und äussert alle rechtliche Wirkungen eines solchen.[1])

Erst von nun ab ist es auch den Nachlassgläubigern ermöglicht, mit Bezug auf das Sicherungsverzeichnis die ihnen in Ansehung eines beim Nachlassgerichte befindlichen „Inventars" zustehenden Rechte auf Leistung des Bekräftigungseides und auf Einsichtsgestattung[2]) (§§ 2006, 2010) auszuüben. — Auch bevor eine solche Bezugnahme durch den Erben erfolgt ist, kann allerdings nach Ermessen der Nachlassbehörde den Nachlassgläubigern und jedem Dritten, welcher ein rechtliches oder berechtigtes Interesse glaubhaft macht (Nacherben, Nachberufenenen, Ersatzerben, Eigengläubigern), die Einsicht in das Sicherungsverzeichnis gestattet werden (§ 34 G. f. G.) Ein dem § 2010 analoges Recht auf Einsicht dieses Verzeichnisses, eine Beschwerde wegen verweigerter Einsichtsgestattung steht aber selbst den Nachlassgläubigern und den übrigen rechtlichen Interessenten insolange nicht zu.[3])

---

[1]) Hiedurch werden dem Erben die Kosten nochmaliger Nachlassverzeichnung erspart. Vgl. bayer. Nachl. O. § 15, III. S. 2. — Aus dieser Erwägung muss die Bestimmung des preuss. Ges. f G. § 104 Abs. 2 S. 2 beanstandet werden, nach welcher ein Sicherungsverzeichnis als für die Zwecke der Haftungsbeschränkung unverwendbar erklärt wird.

[2]) Nicht aber schon vorher, wie Staudinger Bem. 3 zu c. S. 97 zu Unrecht annimmt.

[3]) Ebenso Birkenbihl S. 133, Wellstein Bem. 3 a zu § 34 G. f. G, Schulzenstein Ztschr. f. Zivilprozess 25, 246 ff., Jastrow S. 48. — Die entgegengesetzte Ansicht Weisslers Komm. z. G. f. G. S. 77, Nachl Verf. S. 55, 56, Schneiders Bem 1 zu § 20 G. f. G., Schultze-Görlitz Bem. 3 zu § 34 G. f. G., welche jedem Dritten wegen verweigerter Einsichtsgestattung auf Grund des § 34 die Beschwerde einräumen, beruht auf einer kaum zu billigen-

D. Die rechtlichen Wirkungen der Nachlasspflegschaft.

Die Betrachtung der nachlasspflegschaftlichen Funktionen (§ 5 D der Darst.) zeigte, dass diese Sicherungsmassnahme in tatsächlicher Beziehung über die Zwecke der Nachlasserhaltung hinausgreifend zugleich die Verwaltung und wirtschaftliche Verwertung des Nachlasses im Interesse der Gesamtheit der Beteiligten umfasst. Es sollen nun die aus der Pflegerbestellung für die Beteiligten, zunächst für die Erbberufenen, sodann für die Nachlassgläubiger und die übrigen Interessenten sich ergebenden rechtlichen Wirkungen untersucht werden.

Da der Nachlasspfleger unter den Voraussetzungen des § 1960 Vertreter einer konkret noch nicht bestimmten Person, des Definitiverben ist, es also während der Dauer der Pflegschaft bis zur feststehenden Erbschaftsannahme immer zweifelhaft bleibt, ob als Vertretener der gegenwärtig Berufene oder infolge Wegfalls Vorberufener einer der Nachberufenen in Betracht kommt, so kann die Nachlasspflegschaft rechtliche Wir-

---

den willkürlichen Auslegung des § 34 G. f. G. Es wäre hiernach durchaus unverständlich, warum das Gesetz in bestimmten Fällen rechtlichen oder berechtigten Interessenten ein Recht auf Akteneinsicht ausdrücklich gewährt (vgl. z. B. §§ 11 G. B. O., 78 G f. G., 1953 Abs. 3 S. 2, 1957, 2081 Abs. 2 S. 2, 2264, 2384), wenn andererseits durch § 34 G. f. G. jedem Dritten dieser Anspruch eingeräumt sein sollte. Die Beschwerde erfordert aber die Verletzung eines Rechtes § 20 G f. G. — Von der Anerkennung eines generellen Rechtes auf Akteneinsicht aus § 34 G. f. G. kann also m. E. nicht die Rede sein, und es entbehrt mithin jede auf eine Einsichtsverweigerung gestützte Beschwerde, soferne dem Beschwerdeführer ein Einsichtsrecht durch das Gesetz nicht anderweitig zuerkannt ist, der in § 20 geforderten Grundlage. So wenig bestritten werden soll, dass als Recht im Sinne des § 20 sowohl ein Privat- als ein öffentliches Recht in Betracht kommen kann (vgl. Entsch. d. K. G. Rspr. II. 176), so entschieden muss jener Interpretation widersprochen werden, welche unter der Konstruktion eines gegenüber den staatlichen Behörden jeder Privatperson zustehenden „generellen Rechtes auf sachgemässe Behandlung der Privatangelegenheiten" den durch § 20 G. f. G. gegenüber der bisherigen Doktrin und Praxis absichtlich fest und eng begrenzten Kreis der Beschwerdeberechtigten unübersehbar erweitern will. — Vgl. Denkschr. z. G. f. G S. 40, Komm. Ber. S. 21—24. Unzutreffend daher Entsch. des O. L. G. Karlsruhe v. 8. VII. 05, Rspr Bd. 12 S. 206, 207, Entsch. d. bayer. Ob. L. G. v. 4. III. 05, Rspr. 10, 30.

kungen für einen bestimmten Berufenen, solange die Erbschaftsannahme noch nicht erfolgt ist, nur hypothetisch d. h. für den Fall begründen, dass dieser auch Erbe bleibt, während diese Rechtswirkungen eine definitive Beziehung zu einer bestimmten Person erst annehmen, wenn die Person des Erben und die Annahme durch diesen endgiltig feststeht. Immerhin äussert die Nachlasspflegschaft schon vor feststehender Erbschaftsannahme gegenüber den Berufenen einzelne sofort in die Erscheinung tretende rechtliche Wirkungen.

Regelmässig wird es zur Aufgabe des Pflegers gehören, die Nachlassgegenstände in Besitz und Verwahrung zu nehmen. Wie aber erlangt er den Besitz von einem Erbberufenen? — Zunächst kann keine Rede davon sein, dass der auf den Erben, zunächst also auf den Erbberufenen gemäss § 857 übergegangene Besitz durch die Anordnung der Nachlasspflegschaft an sich sein Ende fände (Mot. V 552), da auch der Erstberufene den auf Grund des § 857 erworbenen Besitz nur durch Aufgabe oder anderweitigen Verlust der tatsächlichen Gewalt verliert (§ 856). Kommt allerdings der Erstberufene späterhin in Wegfall, so ist auch bezüglich des Besitzüberganges rückwirkend anzunehmen, dass dieser Übergang auf den Weggefallenen niemals stattgefunden hat (§ 1953 Abs. 1, 2). Die Besitzvererbung kommt also schliesslich nur dem Definitiverben zustatten.[1]) Diese Erwägung und das Vertretungsverhältnis des Nachlasspflegers zum Definitiverben ergeben, dass der Pfleger zur Ausübung der aus dem Besitze fliessenden Rechte, namentlich der Besitzschutzmittel befugt ist. In ein Besitzverhältnis zu den Nachlasssachen gelangt er jedoch erst durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt. Auf Grund der aus seiner Amtsstellung fliessenden Berechtigung und Verpflichtung zur Wahrung nicht nur der Rechte des Erben, sondern der Interessen eines

[1]) Die gegenteilige Ansicht Binders I. S. 60 f. verkennt den praktischen Zweck des § 857 und berücksichtigt nicht die nach § 1953 zweifellos auch für die Besitzvererbung geltende Rückziehung der Erbschaftserwerbsfolgen auf den Erbfall. Die weitere Frage, ob und ev. unter welchen Voraussetzungen durch Ausschlagung bezw. Erbunwürdigkeitserklärung Besitzverlust eintritt, kann für die Zwecke der Darst. offen bleiben. Vgl. Planck Bem. 1 zu § 1953, Strohal I. S. 70 f. N. 11, 12, 13.

weiteren Personenkreises steht dem Pfleger das publizistische Recht zu, dem Berufenen selbst wider dessen Willen den Besitz zu entziehen, soferne dies zur Durchführung der pflegschaftlichen Aufgaben erforderlich ist. Der sich so vollziehende Besitzerwerb kann, weil gesetzlich gestattet, als verbotene Eigenmacht nicht gelten (§ 858 Abs. 1). — Für den Fall, dass der Nachlasspfleger auch auf diesem Wege zum Besitze nicht gelangen kann, bleibt als einziges und letztes Mittel zur Erreichung dieses Zweckes der Erlass einer durch den Nachlasspfleger anzuregenden, an den Besitzer gerichteten, die Nachlassherausgabe anordnenden Zwangsverfügung des Nachlassgerichts.

Andererseits wird, soferne der Nachlasspfleger den Nachlassbesitz ergreift, dem durch ihn vertretenen Erben der auf Grund des § 857 erworbene Besitz nicht schlechthin entzogen. Der Erbe verliert allerdings den unmittelbaren Besitz. Da jedoch der Besitz des Pflegers auf einem Vertretungsverhältnisse beruht, vermöge dessen dieser dem Erben gegenüber lediglich auf Zeit zum Besitze berechtigt und verpflichtet ist, so bleibt auch der Erbe durch Vermittelung des ihm bei Pflegschaftsbeendigung gegen den Nachlasspfleger zustehenden Herausgabeanspruches (mittelbarer) Besitzer. (§§ 868, 1890, 1915 B. G. B.) [1])

Die Anordnung einer Nachlasspflegschaft bewirkt im Gegensatze zu Nachlassverwaltung und Nachlasskonkurs keine Verfügungsbeschränkung des Erben.[2]) Eine bei Beratung des Entw. I in Erwägung gezogene Vorschrift des Inhalts, dem Erben wie bei Vorhandensein eines nachlassverwaltenden Testamentsvollstreckers (§ 2211) für die Dauer der Nachlasspflegschaft die Fähigkeit wirksamer Verfügung über die der Pflegschaft unterliegenden Gegenstände zu entziehen, wurde ausdrücklich abgelehnt. Zweifellos kann das Nebeneinanderbestehen zweier Verwaltungsrechte die Quelle vielfacher

---

[1]) Die Besitzausübung durch den Nachlasspfleger unterliegt im Interesse der Beteiligten nach vormundschaftsrechtlichen Grundsätzen weitgehenden Beschränkungen. §§ 1805 ff., 1814 ff, 1818 f., 1915, 1962, 871.

[2]) Das Gegenteil nimmt Hellwig C. P. R. I. 296 an. Vgl. dagegen Mot. V. 552, 553 und §§ 1984 B. G B.; 6, 7 K. O.

Verwickelungen werden.[3]) Die Lösung solcher Kollisionen aber, welche bei der Abwesenheits- und Gebrechlichkeitspflegschaft und im Falle der Bevollmächtigung viel näher liegen, mit denen zudem der Gesetzgeber selbst in den Fällen rechnet, in denen ein Entmündigungsbeschluss infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben, oder eine vorläufige Vormundschaft durch Zurücknahme bezw. Abweisung des Entmündigungsantrages oder durch Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses erledigt wird (§ 115 B. G. B.), bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen: Bei Widerspruch zwischen Handlungen des Pflegers und des Erben ist die zuerst vorgenommene Handlung giltig, während bei Gleichzeitigkeit widersprechender Handlungen Unwirksamkeit beider Handlungen anzunehmen ist. Ist also der Erbe durch die Nachlasspflegschaft in der Verwaltung des Nachlasses zwar grundsätzlich nicht beschränkt, so steht doch neben dem eigenen Verwaltungsrechte konkurrierend die Verwaltungsbefugnis des Nachlasspflegers. Die von diesem in Ansehung des Nachlasses abgeschlossenen Rechtsgeschäfte erzeugen unmittelbare Rechtswirkung für und gegen den Erben (§ 164 B. G. B.).

Bestritten ist die Frage, ob der Definitiverbe den Nachlassgläubigern, also auch denjenigen, welche auf Grund der vom Pfleger eingegangenen Rechtsgeschäfte Gläubiger geworden sind (§ 1967 Abs. 2 B. G. B., 224 Ziffer 4 K. O.), für Handlungen und Unterlassungen des Pflegers in denjenigen Fällen mit seinem Eigenvermögen haftet, in denen er haften müsste, wenn jene Verwaltung von ihm selbst geführt worden wäre. Die Frage ist nur dann von Belang, wenn der Nachlass zur Berichtigung aller Nachlassverbindlichkeiten nicht ausreicht und wenn es zur erbrechtlichen Gütersonderung kommt.

Trifft die Verantwortlichkeit den Definitiverben persönlich, wenn der Nachlasspfleger, obwohl er den Umständen nach die

---

[3]) Dieser Rechtszustand veranlasste einige Kritiker des Entw. I. (Zst. G. V, 158, Baron A. f. c. Pr. 75, 249) zu dem Vorschlage, entweder dem Nachlasspfleger oder für die Dauer der Nachlasspflegschaft dem Erben das Verfügungsrecht über den Nachlass zu entziehen. Ersteres hätte die Nachlasspflegschaft wertlos gemacht, letzteres enthielte eine zu schwere Beeinträchtigung der Erbenstellung.

Unzulänglichkeit des Nachlasses annehmen musste, eine Nachlassverbindlichkeit befriedigt, oder wenn er trotz Kenntnis oder infolge fahrlässiger Unkenntnis der Überschuldung den Antrag auf Konkurseröffnung versäumt oder die Einrede der Dürftigkeit des Nachlasses (§ 1990 f.) nicht erhebt und dadurch die Nachlassgläubiger schädigt? Ist der Definitiverbe überhaupt für die gesamte Verwaltung des Nachlasspflegers bis zur Anordnung der Nachlassverwaltung bezw. der Eröffnung des Nachlasskonkurses nach den Grundsätzen des Auftrages bezw. der auftragslosen Geschäftsführung haftbar (§ 1978—1980)?

Dernburg S. 359 und *Strohal* S. 64, 65 verneinen diese Frage. Ersterer begründet seine Ansicht mit der Definition der Pflegschaft als einer auf den Nachlass beschränkten gesetzlichen Vertretung; hieraus ergebe sich, dass für Handlungen des Pflegers niemals das eigene Vermögen des Erben hafte. M. E. fehlt aber für die Auffassung, dass in den Fällen einer objektiv auf einzelne Vermögenskreise beschränkten Vertretung der gesetzlich Vertretene für das Verschulden seines Vertreters nur mit dem dieser Vertretung unterliegenden Vermögen verantwortlich sei, im Gesetze jede Stütze. Die Konsequenz dieser Auffassung wäre, dass für ein Verschulden des Gewalthabers der Vertretene niemals mit dem der Verwaltung des Gewalthabers gemäss §§ 1638, 1794, 1796 entzogenen Vermögen einzustehen hätte. § 278 B. G. B. spricht deutlich und vorbehaltslos aus, dass der gesetzlich Vertretene für das Verschulden seines Vertreters „in dem gleichen Umfange wie für eigenes Verschulden“ haftet. Für eigenes Verschulden aber haftet der gesetzlich Vertretene, mithin im Falle der Nachlasspflegschaft auch der Definitiverbe mit seinem gesamten Vermögen. *Dernburg* verkennt den Unterschied zwischen Inhalt und Umfang der Vertretung: Umfanglich beschränkt sich allerdings die Vertretungsmacht des Pflegers auf den Nachlass, inhaltlich aber erzeugt sie dieselben Wirkungen, wie jede andere Art der gesetzlichen Vertretung.

Strohal entscheidet die oben formulierten Fragen dahin: Der Definitiverbe sei für die Verwaltungsführung des Nachlasspflegers nur nach den Grundsätzen über die Beschränkbarkeit der Haftung verantwortlich, und macht zur Begründung geltend,

die praktischen Ergebnisse der gegenteiligen Ansicht stünden im Widerspruche mit dem für die Erbenhaftung massgebenden Grundsatze, dass für Nachlassverbindlichkeiten der Erbe beschränkbar hafte; jene durch die Verwaltungsführung des Pflegers entstehenden Verpflichtungen seien aber Nachlassverbindlichkeiten, da sie den Erben als solchen (§ 1967 Abs. 2) träfen. Diese Beweisführung *Strohals* enthält m. E. einen Trugschluss. Zweifellos handelt es sich bei den aus der Verwaltung des Nachlasspflegers dem Erben erwachsenden Verbindlichkeiten um solche, die ihn als Erben treffen.[1]) In seiner Rechtsstellung als Erben treffen ihn die aus ordnungswidriger Verwaltung auf Grund der §§ 1978—1980 entstehenden Verbindlichkeiten aber auch dann, wenn er selbst die Verwaltungsgeschäfte führte. Der Erbe könnte also auch in diesen Fällen, wenn *Strohals* Argumentation richtig wäre, auf das Recht der Haftungsbeschränkung mit der Begründung sich berufen, dass es sich um Nachlassverbindlichkeiten handle.[2]) Anlass der Haftung ist hier wie dort die Erbenstellung: Während aber sonst für die durch diese Stellung begründeten Verbindlichkeiten die Haftung auf den Nachlass beschränkbar ist, ergreift sie das Eigenvermögen des Erben in denjenigen Fällen, in denen ein vom Erben zu vertretendes Verschulden hinzutritt. Da nun der Pfleger gesetzlicher Vertreter des Definitiverben ist und gemäss § 278 der gesetzlich Vertretene ein Verschulden seines Vertreters in gleichem Umfange wie eigenes zu vertreten hat, ergibt sich als notwendige Konsequenz: Die Haftung des Erben für schuldhafte Verwaltung des Nachlasspflegers ist unbeschränkbar. Dem Pfleger gegenüber erwächst dem Erben auf Grund der §§ 1833, 1915 allerdings ein Regressanspruch.

Es soll *Strohal* nicht bestritten werden, dass das praktische Ergebnis dieser Entscheidungen ev. eine Benachteiligung des Erben ist, und es wird zugegeben, dass in solchen Fällen der Schaden möglicherweise den Fiskus als letzten und notwendigen Erben trifft. Stellt man sich aber einmal, wie es *Strohal* und

[1]) Vgl. Strohal S. 182 d, Binder II. S. 47, 4[2].

[2]) Es ist dies die notwendige Konsequenz des von Strohal geführten Beweises, obwohl sie auch von ihm als selbstverständlich unhaltbar abgelehnt wird.

Dernburg tun, auf den Standpunkt, dass der Nachlasspfleger gesetzlicher Vertreter des Definitiverben ist, und gibt man zu, wie *Strohals* Ausführungen deutlich zeigen, dass bei Verschulden des Nachlasspflegers an sich ein typischer Fall der Haftung für fremdes Verschulden vorliegt, so geht es nicht an, über den klaren Wortlaut des Gesetzes hinweg Ausnahmen zu konstruieren mit der Begründung, dass die Konsequenz strenger Gesetzesanwendung möglicherweise eine unbillige Benachteiligung der Beteiligten, ev. sogar des Fiskus sein könne. Durch § 278 bringt ja der Gesetzgeber für die Fälle der gesetzlichen Vertretung aus wohlerwogenen Gründen geradezu sein Einverständnis mit einer materiellen Schädigung des Vertretenen zum Ausdruck. Zudem wird die von *Strohal* zweifellos überschätzte praktische Bedeutung dieser Haftung wesentlich nicht nur durch die Bestimmungen gemindert, welche den Pfleger gerade in den wichtigsten Verwaltungsgeschäften gesetzlichen Beschränkungen unterwerfen, sondern auch dadurch, dass die gesamte pflegschaftliche Verwaltungsführung einer intensiven und ununterbrochenen Behördenaufsicht untersteht.

Dass der Nachlasspfleger berechtigt und je nach Vermögenslage des Nachlasses verpflichtet ist, alle dem Erben gegenüber den Nachlassgläubigern zustehenden Rechte auszuüben, namentlich die Mittel der Haftungsbeschränkung zu ergreifen, wurde bereits ausgeführt. Um sich über die Frage, ob und mit welchen Mitteln die Beschränkung der Haftung durchzuführen sei, klar zu werden, muss der Pfleger ebenso wie der Erbe während einer geraumen, für die Erkundung insbesondere des Schuldenstandes erforderlichen Zeit im Stande sein, dem Andringen der Nachlassgläubiger zu wehren. Dass dem Pfleger die Ausübung des dem definitiven Erben zustehenden Rechts zur Geltendmachung der aufschiebenden Einreden im Sinne der §§ 2014 ff. zukommt, könnte an sich auf Grund der Rechtsnatur der Nachlasspflegschaft nicht zweifelhaft sein. Würde aber jede weitere Gesetzesvorschrift fehlen, so könnte während der Dauer der Nachlasspflegschaft, da hier die für den Fristenbeginn massgebende Voraussetzung der Erbschaftsannahme normaler Weise nicht vorliegt, die Frist für jene Einreden nicht zu laufen beginnen. Man käme dann

entweder zu dem Ergebnisse, dass dem Nachlasspfleger jene Einreden überhaupt nicht, oder, weil für ihn als Vertreter des Definitiverben die Voraussetzung erfolgter Annahme belanglos ist, schon vor der Annahme und über diese hinaus dem eintretenden Erben von neuem bis zu den in § 2015 f. bestimmten Endterminen zustehen. Ersteres widerspricht den Interessen des Definitiverben, letzteres denen der Nachlassgläubiger. Es wurde deshalb für den Fall der Nachlasspflegschaft durch § 2017 ein Anfangstermin für jene Fristen festgelegt und zwar gilt als solcher die Pflegerbestellung. Eine zu der Zeit, zu welcher die Erbschaftsannahme erfolgt, bereits im Laufe befindliche Frist läuft gegen den Definitiverben weiter. Sollten die Fristen in diesem Zeitpunkte bereits konsumiert sein, so steht dem Definitiverben die aufschiebende Einrede überhaupt nicht mehr zu.[1]) Hieraus ergeben sich für den Definitiverben nicht unwichtige Konsequenzen: Tritt dieser noch während des Laufes der Frist in einen bisher gegen den Nachlasspfleger geführten Prozess ein, so kann zwar die bisher versäumte Geltendmachung der aufschiebenden Einreden noch nachgeholt werden mit der Wirkung, dass unter Beschränkung der Haftung auf den Nachlass die Zwangsbefriedigung des streitgegenständigen Anspruchs für die Dauer der Frist suspendiert ist §§ 305, 782 C. P. O. Hat aber der Nachlasspfleger in dem von ihm selbst mit dem Nachlassgläubiger durchgeführten Prozesse jene Einreden bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil erging, nicht erhoben, so kann selbst von dem innerhalb der Frist eintretenden Erben die Beschränkung der Zwangsvollstreckung auf Massnahmen blosser Arrestvollziehung nicht geltend gemacht werden. Denn da es sich in den §§ 2014 f. um materiellrechtliche Einwendungen gegen den Anspruch selbst handelt, wäre eine Geltendmachung derselben im Vollstreckungsverfahren nur im Wege der Vollstreckungsgegenklage denkbar (§§ 767, 785 C. P. O.).[2]) Da nun aber der Fristenlauf

[1]) Vgl. Prot. 8046, Planck Bem 1, Staudinger Bem. zu § 2017, Dernburg S. 473, Strohal S. 231, Boehm S. 405, Frommhold Bem. 3 c, Neumann Bem. 3, Fischer-Henle Bem. 2 zu § 2017.

[2]) Ebenso Binder S. 110 und bedingt auch Strohal II. 239, 230. And. Mein. die herrschende Ansicht trotz grundsätzlicher Anerkennung des materiellrechtlichen Charakters der aufschiebenden Einreden.

für jene Einreden bereits mit der Pflegerbestellung und zwar mit Wirkung auch gegen den Erben beginnt, so haben sie als verwirkt zu gelten, wenn sie bis zum Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung nicht erhoben worden sind. Aus der Ablehnung der prozessualen Natur jener Einreden und dem zwischen Erben und Nachlasspfleger bestehenden Vertretungsverhältnisse (der Definitiverbe kann nicht als Dritter im Sinne des § 771 C. P. O. erscheinen), ergibt sich, dass jede nachträgliche Geltendmachung der aufschiebenden Einreden in der Vollstreckungsinstanz mit den Rechtsbehelfen der §§ 766, 767, 771 C. P. O. unzulässig ist. Hat also der Pfleger in einem Prozesse die aufschiebenden Einreden durch Nichtgeltendmachung für den Definitiverben in Ansehung des streitgegenständigen Anspruches verwirkt, so kann sich der Definitiverbe der sofortigen Zwangsbefriedigung dieses Anspruches nicht mehr widersetzen.

Wenn andererseits die Geltendmachung der aufschiebenden Einreden durch den Definitiverben selbst die Verurteilung desselben unter Vorbehalt der Beschränkung seiner Haftung zur Folge hat (§ 305 Abs. 1 C. P. O.),[1]) so gilt für den Fall der Nichtgeltendmachung durch den Pfleger nicht das Umgekehrte: d. h. dem Definitiverben wird durch diese Unterlassung des Pflegers das Recht der Haftungsbeschränkung auf den Nachlass noch nicht verwirkt.

Einer Erörterung bedarf die Frage, inwieweit die Nachlasspflegschaft die Erbenhaftung zu beeinflussen vermag. Abzulehnen ist, weil gesetzlich keineswegs begründet, die Ansicht *Endemanns* III S. 356 d: Die Anordnung der Nachlasspflegschaft bewirke die mit jeder amtlichen Nachlassverwaltung verbundene Beschränkung der Haftung des Erben auf den Nachlass. Diese Wirkung kommt nur und zwar auf Grund der positiven Bestimmung des § 1975 einer Abart der Nachlasspflegschaft, der „Nachlassverwaltung" im Sinne der §§ 1981 ff. zu. Es haftet

[1]) Ist abgesehen von den Fällen des § 780 Abs. 2 dem als Erben verurteilten Beklagten die Beschränkung seiner Haftung im Urteile nicht vorbehalten, so kann er diese auch nicht mittelst der Klage aus § 767 geltend machen R. G. 59, 301. Vergl. Seuffert, Gaupp.-Stein Komm. z. C. P. O. Bem. 1 zu § 782.

vielmehr trotz angeordneter Nachlasspflegschaft der Definitiverbe an sich nach wie vor unbeschränkt und muss, soferne die Haftungsbeschränkung nicht bereits durchgeführt ist, die zur Abwendung der unbeschränkten Haftung gegebenen gesetzlichen Mittel selbst ergreifen.

Kann aber der Nachlasspfleger dem Definitiverben das Recht der Haftungsbeschränkung verwirken?

Aus der Vertreterstellung des Nachlasspflegers heraus wäre diese Frage zweifellos zu bejahen.[1]) Dieser Konsequenz sollte jedoch nach der Absicht der Verfasser des Entw. I vorgebeugt werden.[2]) Das Ergebnis der Beratungen waren die §§ 2012 B. G. B., 780 Abs. 2 C. P. O: Das Gesetz versagt hiernach zunächst dem Pfleger die Ausübung des dem Erben zustehenden Rechts des vertragsmässigen Verzichts auf die Haftungsbeschränkung (§ 2012 Abs. 1 S. 3) und erklärt es für unnachteilig, wenn in einem wegen einer Nachlassverbindlichkeit gegen den Pfleger erlassenen Urteile der dem Erben für die Geltendmachung der beschränkten Haftung sonst erforderliche Vorbehalt unterbleibt (§ 780 Abs. 2 C. P. O.). Im übrigen möchte jede weitere Gesetzesvorschrift entbehrlich erscheinen; einerseits mit Rücksicht auf § 1995, wonach eine vor der Erbschaftsannahme bestimmte Inventarfrist nicht vor dem Zeitpunkte der Annahme zu laufen beginnt, andererseits im Hinblicke darauf, dass mit der Erbschaftsannahme die Grundvoraussetzung der Nachlasspflegschaft entfällt. Es könnte somit, möchte man meinen, eine

---

[1]) Endemann III. 456 und Binder S. 225 N. 23 haben die Bestimmung des § 2012 als eine selbstverständliche Konsequenz der rechtlichen Stellung des Nachlasspflegers für entbehrlich erklärt. Ersterer auf Grund der als unrichtig festgestellten Auffassung, dass die Haftungsbeschränkung des Erben durch die Pflegschaftsanordnung von selbst eintrete und darum durch den Pfleger nicht verwirkt werden könne; Letzterer mit der Begründung, der Nachlasspfleger sei zwar Vertreter des Erben, aber mit Begrenzung der Vertretungsmacht auf den Nachlass und infolge dessen könne er das Eigenvermögen des Erben nicht belasten. Gegen die Ansicht Binders gilt, was oben gelegentlich der Haftung des Definitiverben für Pflichtverletzungen des Pflegers ausgeführt wurde: Die Haftung des gesetzlich Vertretenen für das Verschulden seines Vertreters beschränkt sich nicht auf den Gegenstand der Vertretung.

[2]) Mot. V. 550, 551.

Verwirkung des Inventarrechts durch den Nachlasspfleger überhaupt nicht in Frage kommen. Nun aber ist es, wie bereits wiederholt ausgeführt, wohl möglich, dass eine Massnahme der Nachlassicherung, mithin auch die Nachlasspflegschaft trotz erfolgter Erbschaftsannahme angeordnet wird oder fortbesteht. Zudem scheidet hier wie sonst das Erfordernis erfolgter Annahme für den Pfleger als Vertreter des Definitiverben als belanglos aus. Es könnte also eine Verwirkung der Haftungsbeschränkung für den Erben infolge Versäumung der Inventarfrist durch den Pfleger an sich eintreten. § 2012 Abs. 1 benimmt aber den Nachlassgläubigern schlechthin das Recht, dem Nachlasspfleger eine Inventarfrist zu bestimmen und dadurch den von ihm vertretenen Erben in die Position zu versetzen, welche sich für diesen aus nachlassgerichtlicher Fristsetzung ergibt.

Wie aber verhält es sich, wenn der Pfleger das dem Erben zustehende Recht freiwilliger Inventarerrichtung (§ 1993 B. G. B.) ausübt,[1]) sich hiebei eines Inventarverstosses schuldig macht (§ 2005), oder den von ihm im Anschlusse an dieses Inventar (§ 2006) verlangten Offenbarungseid nicht leistet?

M. E. würde durch ein solches Verhalten des Pflegers in der Tat dem Definitiverben das Recht der Haftungsbeschränkung absolut bezw. relativ verwirkt werden. Für die gegenteilige Entscheidung fehlt im Gesetze jeder Anhalt, Fassung und Inhalt des § 2012 können diese aus der Rechtsnatur der Nachlasspflegschaft abgeleitete Konsequenz nicht beseitigen. Wenn die Mot. V, 550 betonen, es könne nicht zu den Befugnissen des Nachlasspflegers gehören, den Rechten des Erben in Ansehung der Haftungsbeschränkung etwas zu vergeben, wenn ferner *Strohal* S. 213 c und *Planck* Bem. 1 zu § 2012 ausführen, dem Nachlasspfleger müsse die Möglichkeit benommen sein, zum Nachteile des Erben das Recht der Haftungsbeschränkung zu verwirken, so sind dies Erwägungen, welche de lege ferenda zu der einfacheren und bestimmteren Fassung des § 2012:

---

[1]) Dass der Pfleger dieses Recht für den Erben ausüben kann, ist nicht zu bestreiten. Vgl. Landsberg II. 1163; Staudinger Bem. 3 zu § 1993.

„Der Nachlasspfleger kann dem Erben das Recht der Haftungsbeschränkung auf den Nachlass nicht verwirken“ hätte führen müssen, die aber jene aus dem Begriffe der Nachlasspflegschaft sich ergebende, vom Gesetzgeber vielleicht übersehene Konsequenz in Ermangelung einer gesetzlichen Ausnahmebestimmung nicht hinfällig zu machen im Stande sind.[1])

Die Möglichkeit einer Verwirkung des Haftungsbeschränkungsrechtes durch den Nachlasspfleger wird in der gegenwärtigen Literatur zumeist in Abrede gestellt,[2]) durch den von *Staudinger* Bem. 2 S. 235 für den in dieser Hinsicht ganz analogen Fall des § 2011 gegebenen praktischen Wink: „Freiwillig ein Inventar im Sinne des § 1993, um etwaige Zweifel über die Anwendbarkeit der §§ 2005, 2006 auszuschliessen, keinesfalls zu errichten“ stillschweigend zugegeben. Die praktische Bedeutung dieser theoretisch unbestreitbaren, für die Rechtsstellung des Erben nicht ungefährlichen Rechtslage wird allerdings durch die Aufsichtsstellung des Nachlassgerichts, namentlich für den Fall des § 2006 erheblich abgeschwächt: Da das Gläubigerverlangen auf Leistung des Offenbarungseides beim Nachlassgerichte zu stellen ist, befindet sich dieses regelmässig in der Lage, durch geeignete Zwangsmassnahmen gegenüber dem Pfleger die Eidesleistung durchzusetzen, ev. den Pfleger zu entlassen (§§ 1837, 1915, 1962). Letzteres versagt aber dann, wenn die zur Entgegennahme des Inventars allein zuständige ordentliche Nachlassbehörde und die Pflegschaftsbehörde (§ 74 G. f. G.) nicht identisch sind.[3]) — Dass eine Verwirkung der Haftungsbeschränkung nicht eintritt, wenn der Nachlasspfleger die ihm auf Grund der §§ 2012 Abs. 1 S. 2 den Nachlassgläubigern gegenüber obliegende Auskunft

[1]) Der Satz der Mot. V. 606: „Bei Bestellung eines Nachlasspflegers bleibt dem Erben stets das Inventarrecht“ ist hienach abgesehen von anderen Gründen (man denke daran, dass sich während der Dauer der Nachlasspflegschaft der Erbe selbst einen Inventarverstoss zu Schulden kommen lässt) de lege lata unzutreffend.

[2]) Vgl. auch Seuffert, Komm. z. C. P. O. S. 415 zu § 780 Abs. 2.

[3]) Auf Grund der vorstehenden Erörterungen wird jedem Nachlassrichter zur Vermeidung ev. Haftung dringend empfohlen, der freiwilligen Inventarerrichtung durch den Nachlasspfleger wegen der hierin für den Definitiverben liegenden Gefahren mit grosser Vorsicht gegenüber zu treten.

verweigert und die ihm auf Grund der §§ 2012 Abs. 1 S. 2 260, 261 B. G. B. obliegenden Verpflichtungen, auf Verlangen eines Gläubigers ein Verzeichnis über den gegenwärtigen Nachlassbestand vorzulegen und zur Bekräftigung den Offenbarungseid zu leisten, verletzt, bedarf — da es sich hiebei weder um ein Inventar im Sinne der §§ 2006 ff., noch um den erbrechtlichen Offenbarungseid des § 2006 handelt, — keiner Erörterung.

Da der jeweils berufene Erbe durch Anordnung einer Nachlasspflegschaft eine Einbuse in seiner Vertragsverpflichtungsfähigkeit nicht erleidet, bleibt er nach wie vor prozessfähig § 52 C. P. O.[1]) Es ist aber auch der Nachlasspfleger zu aktiver und passiver Vertretung des Erben berechtigt, unter Umständen verpflichtet (§§ 1793, 1915, 1960 Abs. 3 f.; 243, 241 C. P. O). Klagt der Pfleger oder wird er verklagt, setzt er einen vom Erblasser begonnenen Prozess fort oder tritt er in einen bisher vom Erben geführten Prozess ein, so verliert der Erbe für diesen Rechtsstreit die Prozessfähigkeit § 53 C. P. O.[2])

Das von und gegenüber dem Pfleger erstrittene Urteil schafft Rechtskraft unmittelbar für und gegen den Definitiverben. Es ist diese Erstreckung der Urteilswirkung als eigener Fall erweiterter Rechtskraft im Gesetze ausdrücklich nicht aufgeführt; sie ergibt sich aber infolge der Identität der Prozesssubjekte unmittelbar aus § 325 Abs. 1 C. P. O.

Es wird darüber gestritten, ob der Pfleger in einen vom gegenwärtigen Erben geführten Prozess wider dessen Willen einzugreifen befugt ist. Die Frage wird von *Planck* und *L. von Seuffert* bejaht, von *Binder* verneint.[3]) Letzterem ist zuzugeben, dass der Erbe anders als ein Bevormundeter erst durch die tatsächliche Prozessübernahme von Seiten des Pflegers die Prozess-

---

[1]) In der Beklagtenrolle ist er, solange er die Erbschaft noch nicht angenommen hat, nach wie vor durch das Einrederecht der §§ 1958 B. G. B, 239 Abs 5 C. P. O. privilegiert. Vgl. Planck Vorbem. zu § 1942 III 5 c; Binder S. 197, N. 63.

[2]) Vgl. Begründung zur C. P. O.-Novelle zu § 51; Rosenthal, die Sachlegitimation S. 64.

[3]) Planck Vorbem. III. 5 c ε zu § 1942; L. von Seuffert Zeitschr. f. C. P. 22, 327; Binder I. 197, 198 N. 64.

fähigkeit verliert. Bedenklich aber erscheint die allerdings durch Mot. IV 1270 gestützte Ausführung *Binders*: Der Pfleger werde erst durch die Prozessübernahme gesetzlicher Vertreter im prozessualen Sinne, und noch bedenklicher die Schlussfolgerung: Da die Tatsache der Vertretung Voraussetzung der Prozessunfähigkeit des Erben sei, könne der Pfleger diesen an der Fortführung des Prozesses nicht hindern. — Die Entscheidung der Frage ist m. E. auf eine andere Grundlage zu stellen: Erachtet es der Pfleger im Interesse der Nachlassbeteiligten für erforderlich, einen vom gegenwärtigen Erben geführten Prozess über einen Nachlassgegenstand selbst zu übernehmen und fortzusetzen, so kann ihn ein entgegenstehender Wille des Erben, wiewohl letzterer prozessfähig ist, hieran nicht hindern: Das Recht der Prozessübernahme ergibt sich für den Pfleger aus der ihm übertragenen Amtsstellung. Gegenüber diesem publizistischen, zum Schutze einer Mehrheit von Interessenten verliehenen Rechte kann ein entgegenstehender Einzelwille nicht in Betracht kommen.

Eine Würdigung verdient die Frage, ob ein Erbberufener in einem von dem Nachlasspfleger geführten Prozesse zeugnisfähig ist.[1]) Da sich die Zeugnisfähigkeit mit der Parteieidesunfähigkeit deckt, so reduziert sich die Frage dahin, ob einem Erbberufenen in diesem Prozesse ein Eid zugeschoben oder zurückgeschoben werden kann. Zweifel ergeben sich nicht, wenn die Erbschaftsannahme und damit die Person des Vertretenen feststeht: Der Definitiverbe ist in einem Prozesse des Nachlasspflegers parteieidesfähig und insoweit zeugnisunfähig § 473 Abs. 2 S. 3 C. P. O. Schwieriger gestaltet sich die Frage, wenn die Annahme noch nicht als feststehend erachtet werden kann und deshalb sowohl der gegenwärtig Berufene als auch jeder eventuell Berufene hypothetisch sowohl als vertretene Partei, wie auch als Dritter in Betracht kommt. Erwägt man nun einerseits, dass das Beweismittel des Parteieides jede weitere richterliche Tatsachenprüfung abschneidet (§ 463 C. P. O.), dass sonach ein Erbberufener, soferne man ihm die Parteieidesfähigkeit zuerkennt, in der Lage ist, allein durch seinen Eid

[1]) Sie wird von Weissler S. 107, 108 und Boschan II. S. 38 schlechthin verneint.

ein Prozessergebnis unmittelbar oder mittelbar zu seinen Gunsten herbeizuführen, dass *andererseits* durch das Sicherungsmittel der Nachlasspflegschaft den Interessen aller bei den Nachlassangelegenheiten Beteiligten gleichmässig gedient werden soll, so gelangt man notwendig zu dem Ergebnisse, dass in der Zuerkennung der Parteieidesfähigkeit an einen gegenwärtig oder eventuell Berufenen eine den Zwecken der Nachlasspflegschaft widersprechende einseitige Bevorzugung eines Einzelinteressenten zu erblicken wäre.[1]) Es hat deshalb m. E. bis zur Konsolidation der Rechtslage in einem von einem Nachlasspfleger geführten Prozesse jeder Berufene als *parteieidesunfähig* und deshalb als zeugnisfähig zu gelten, und zwar mit der Massgabe, dass der gegenwärtig Berufene, aber auch nur dieser, als an dem Rechtsstreite unmittelbar beteiligt auf Grund des § 393 Zffr. 4 C. P. O. *unbeeidigt* zu vernehmen wäre.

Die rechtlichen Wirkungen, welche sich für den Erben aus dem *Innenrechtsverhältnisse* gegenüber dem Nachlasspfleger ergeben, unterscheiden sich nicht von jenen, welche nach vormundschaftsrechtlichen Grundsätzen zwischen Vormund bezw. Pfleger und Mündel eintreten. Dieses Innenverhältnis stellt sich, da die Nachlasspflegschaft grundsätzlich unentgeltlich zu führen ist (arg. e contr. § 1789), als ein Auftrag (§ 662 ff. B. G. B.), und nur wenn ausnahmsweise dem Pfleger eine *Vergütung* nachlassgerichtlich bewilligt ist,[2]) als ein auf Geschäftsbesorgung gerichteter Dienstvertrag dar (§ 1836, 1915, 1962, 611, 627, 675 B. G. B.). Nur letzterenfalls entsteht dem

---

[1]) Diese Frage wird freilich, soferne nur der gegenwärtig Berufene bekannt ist, bei der Möglichkeit der Prozessvertagung in den nicht schleunigen Verfahrensarten selten von praktischer Bedeutung sein.

[2]) Die Gewährung einer angemessenen Entschädigung wird allerdings bei der vielgestaltigen, bedeutungs- und verantwortungsvollen Aufgabe des Nachlasspflegers regelmässig am Platze sein. Vgl. Preuss. V. O. § 89 Abs. 3, Planck Vorbem. III. 5 b, Rspr. VII. 358. — Die Bewilligung dieser Vergütung bedarf nicht der Genehmigung durch den Erben. Vgl. Entsch. d. K. G. Berlin im R. 05, 541, ferner Entsch. d. O. L. G. Colmar R. 04, 168. Andererseits steht dem Erben gegen die Verfügung, durch welche das Nachlassgericht dem Pfleger eine Vergütung bewilligt hat, das Beschwerderecht auch dann zu, wenn er sie bei der dem Pfleger erteilten Entlastung nicht bemängelt hat. Vgl. Entsch. d. K. G. im Z. Bl. f. fr. G. 6, 285.

Erben neben der ihm stets obliegenden Verpflichtung zum Ersatze der vom Nachlasspfleger für die Pflegschaftsführung gemachten Aufwendungen eine besondere Vergütungspflicht in der durch das Nachlassgericht festgesetzten Höhe § 1835, 669 f. 1915; diese Verbindlichkeiten bilden für den Definitiverben, da sie ihn als solchen treffen, reine Nachlassverbindlichkeiten (§§ 1967 Abs. 2 B. G. B., 224 Zffr. 6 K. O.).

Bezüglich der für die Nachlassgläubiger aus der Bestellung eines Nachlasspflegers sich ergebenden Rechtswirkungen mag zusammenfassend erwähnt sein: Alle gegen den Nachlass sich richtenden Ansprüche können gegenüber dem Pfleger in derselben Weise gerichtlich und aussergerichtlich geltend gemacht werden, wie gegen den endgiltigen Erben selbst.[1]) Eine gegenüber dem Nachlasspfleger erklärte Mahnung, Kündigungs- und Aufrechnungserklärung erlangt sofortige Wirksamkeit auch gegenüber dem Definitiverben. Der Verfolgung einer Nachlassverbindlichkeit im Klage- und Vollstreckungswege kann von Seiten des Pflegers nicht die nur dem provisorischen Erben zustehende Einrede noch nicht erfolgter Erbschaftsannahme entgegengesetzt werden (§§ 1958, 1960 Abs. 3 B. G. B., 239 Abs. 5, 778, 779 Abs. 2 S. 2 C. P. O.) Die Befriedigung der Nachlassgläubiger im Rahmen ordnungsmässiger Verwaltung bildet sogar eine — allerdings auf das Verhältnis zwischen Erben und Pfleger beschränkte — Amtspflicht des Letzteren.

Ein Schadensersatzanspruch unmittelbar gegenüber dem Nachlasspfleger wegen pflichtwidriger Verwaltungsführung erwächst den Nachlassgläubigern nicht: Es können sich diese lediglich an den Erben halten, ev. sich die dem letzteren gegenüber dem Pfleger auf Grund der § 1833, 1915 zustehenden Ansprüche cedieren lassen. Dieser Rechtszustand folgt aus den allgemeinen Grundsätzen des Vormundschaftsrechts und muss arg. e contr.

[1]) Andererseits ist es trotz Bestehens einer Nachlasspflegschaft den Nachlassgläubigern nicht verwehrt, die Befriedigung ihrer Ansprüche gegenüber dem Erben selbst zu versuchen, allerdings unter der Gefahr, dass dieser von dem ihm gemäss §§ 1958 B. G. B., 239 Abs. 5 C. P. O. zustehenden Einrederecht Gebrauch macht (arg. e contr. 1984 Abs. 1 S. 2, K. O. 6, 12, vgl. auch § 2213 B. G. B.). Die Aufnahme einer die entgegengesetzte Rechtslage statuierenden Vorschrift wurde in den Mot. V. 553 ausdrücklich abgelehnt. And. Mein. Binder 197. N. 63.

§ 1985 Abs. 2 S. 1 als erwiesen gelten.[1]) Trotzdem behaupten *Frommhold* Bem. 4 d zu § 1960 und *Strohal* S. 65: Für eine schuldhafte Schädigung der Nachlassgläubiger durch den Pfleger hafte dieser den Gläubigern unmittelbar, und zwar nur dieser, nicht aber der Erbe. Während *Frommhold* auf eine Begründung seiner Ansicht nicht eingeht, rechtfertigt *Strohal* seinen Standpunkt, wie oben schon berührt, damit, dass die entgegengesetzte Rechtslage möglicherweise eine schwere Schädigung der Interessen des Definitiverben, insbesondere des Fiskus nach sich ziehen könne. Stichhaltige juristische Gründe für eine unmittelbare Haftung des Pflegers gegenüber den Gläubigern hat *Strohal* nicht anzuführen vermocht; praktische Erwägungen[2]) allein aber dürfen die Rechtsauslegung nicht veranlassen, mit der positiven Gesetzesgestaltung in Widerspruch zu treten.

Gegen den Eintritt des Nachlasspflegers in einen gegen Erben geführten Prozess steht dem Gläubiger als Prozessgegner ein Widerspruchsrecht nicht zu. Er kann lediglich durch die prozesshindernde Einrede des § 274 Zffr. 7 C. P. O. die dem Gerichte schon von Amtswegen obliegende Prüfung der Legitimation des Pflegers beantragen § 56 C. P. O. — In welcher Rechtslage aber befindet sich der Gläubiger, wenn in einem gegen den Nachlasspfleger erwirkten Urteile als Vertretener ein Erbe nicht benannt ist, oder ein benannter Erbberufener

---

[1]) Ebenso Planck Vorbem. III. 5 c ζ zu § 1942, Staudinger Bem. 4 b zu § 1960, Binder I. 203, N. 8.

[2]) Dass mit den Forderungen der Erbschaftsgläubiger im Falle eines Nachlasskonkurses die durch eine Nachlasspflegschaft begründeten Verbindlichkeiten und Kosten als Masseschulden konkurrieren, wurde bereits hervorgehoben, § 224 Zffr. 4, 5, 6 K. O. Man erwäge nun folgendes: Wechsel, die ein Pfleger für eine von ihm anerkannte Nachlassverbindlichkeit ausstellt, indossiert oder acceptiert, werden Masseschulden (R. G. 60, 30). Ebenso kann der Nachlasspfleger jeder gewöhnlichen Forderung eines Nachlassgläubigers durch Anerkenntnis die Stellung einer Masseschuld sichern. Für solche Verwaltungshandlungen würde zwar ev. den geschädigten nichtbevorrechtigten Nachlassgläubigern der Definitiverbe haftbar werden, stellt sich dieser aber als zahlungsunfähig heraus, so sind die Nachlassgläubiger auf das prekäre Mittel der Konkursanfechtung verwiesen. — Unberührt durch die obigen Erörterungen bleiben die Ansprüche, welche den Nachlassgläubigern ev. auf Grund der §§ 823 ff. unmittelbar gegen den Nachlasspfleger erwachsen.

die Erbschaft hinterher ausschlägt, die Erbschaftsannahme sodann erfolgt und die Pflegschaft aufgehoben wird? Kann auf Grund jenes Urteils der Vollstreckungsgläubiger die Zwangsvollstreckung, soferne er hiezu der Zuziehung des Schuldners bedarf, gegen den Definitiverben und auch in das Eigenvermögen desselben betreiben, oder bedarf er hiezu eines neuen auf den Namen des Definitiverben gestellten Vollstreckungstitels (§ 750 C. P. O.)?

M. E. ist in diesem Falle dem Gläubiger, soferne dieser einen gemäss § 792 C. P. O. selbständig erwirkten Erbschein oder eine ihm gemäss §§ 78 Abs. 2 G. f. G., 2264 B. G. B. auszustellende beglaubigte Erbscheins- oder Testamentsabschrift vorlegt, auf Grund der §§ 726, 730 C. P. O. die vollstreckbare Ausfertigung auf den Namen des Definitiverben zu erteilen bezw. umzustellen. Denn die Vollstreckung eines gegen den Nachlasspfleger erwirkten Urteils gegen den Definitiverben und in das nicht zum Nachlasse gehörige Vermögen des letzteren hängt nach dem Inhalte dieses Urteils begrifflich und notwendig von der Tatsache der Erbschaftsannahme durch einen bestimmten Berufenen ab (vgl. § 778 Abs. 1 C. P. O.) Ausdrücklicher Angabe dieser Vollstreckungsvoraussetzung im Urteile bedarf es nicht.[1]) Die Entscheidung dieser Frage würde einer eigenen Hervorhebung nicht bedürfen, wenn sie nicht Anlass zu schwerfälligen Erörterungen geboten hätte: *Binder* I 202, welcher die Anwendbarkeit des § 726 für diesen Fall nicht ins Auge fasst, gelangt im Wege analoger Anwendung der §§ 727 ff. zu demselben Ergebnisse. *Weissler* S. 108 glaubt, um für solche Fälle den Gläubigern die vermeintliche Unmöglichkeit der Zwangsvollstreckung gegen den Definitiverben zu ersparen, diesen den Rat erteilen zu müssen, in einem gegen den Pfleger geführten Prozesse den Erben namentlich zu bezeichnen, ein Vorschlag, der abgesehen von seiner Zwecklosigkeit deshalb

[1]) Ob der Definitiverbe sodann die Beschränkung der Haftung auf den Nachlass geltend machen will, hängt von seiner Entschliessung ab. Jedenfalls kann auf Grund eines solchen Urteils die Zwangsvollstreckung in sein Eigenvermögen beginnen und es ist dann seine Sache, im Wege der Einwendung (§ 767 C. P. O.) die Haftungsbeschränkung, für die es in einem gegen den Pfleger erlassenen Urteile eines Vorbehalts nicht bedarf, geltend zu machen. Vgl. § 780, Strohal S. 61, N. 48.

ohne Bedeutung ist, weil unter den für das Bestehen einer Nachlasspflegschaft gegebenen Voraussetzungen die Person des Definitiverben eine unbestimmte ist.[1])

Dass Eigengläubiger der Berufenen während der Dauer einer Nachlasspflegschaft aus dem Nachlasse Befriedigung nicht zu erlangen vermögen, folgt schon aus der Unbestimmtheit der Person des Erben.[2]) Eine Klage gegen den Nachlasspfleger, die Zwangsvollstreckung in den Nachlass wegen einer rein persönlichen Verbindlichkeit eines Erbberufenen ist schlechthin unzulässig. §§ 778 Abs. 2, 1960 Abs. 3 und 1958 sind für diesen Fall unanwendbar. Selbst nach feststehender Erbschaftsannahme kann und muss von Seiten des Pflegers der Zwangsbefriedigung eines gegen den Definitiverben sich richtenden Anspruchs eines Eigengläubigers die dilatorische Einrede der §§ 2011 f., soferne deren Frist noch nicht abgelaufen ist, entgegengehalten werden (§ 783 C. P. O.)

Für die Nachlassschuldner ergibt sich aus der Bestellung eines Nachlasspflegers die Möglichkeit wirksamer Vornahme aller auf die Nachlassforderung sich beziehenden Rechtsgeschäfte (Anfechtung, Aufrechnung, Stundung, Erlass), ohne Rücksicht auf die dem provisorischen Erben gegenüber bestehende Beschränkung des § 1959 Abs. 2 (Unaufschiebbarkeit). Die Nachlassschuldner können ferner gegenüber dem Nachlasspfleger die geschuldete Leistung wirksam anbieten und mit befreiender Wirkung erfüllen. Inwieweit allerdings solche Verfügungen über eine Nachlassforderung nachlassgerichtlicher Genehmigung bedürfen, bestimmt sich nach vormundschaftsrechtlichen Grundsätzen.

---

[1]) Entsch. d. O. L. G. Kiel v. 13. XI. 00 Rspr. II, 127. — Schlägt der in einem Urteile namentlich bezeichnete Erbe hinterher die Erbschaft aus, so steht ihm gegenüber der Zwangsvollstreckung aus diesem Urteile der Rechtsbehelf des § 767 C. P. O. zu.

[2]) § 2062 des Entw. I. hob die Unzulässigkeit der Verfolgung rein persönlicher Ansprüche gegen den Nachlasspfleger ausdrücklich hervor. Vgl. Mot. V. 550. Die zweite Kommission gab einem Antrage auf Streichung dieser Bestimmung Folge, da sie „eine nicht eben glückliche Formulierung eines selbstverständlichen Gedankens enthalte". Prot. 8730.

§ 9.

Die Beendigung der Nachlassfürsorge.

Über die Beendigung der Nachlassfürsorge schweigt das B. G. B. Zurückzuweisen ist jedenfalls die Auffassung *Dernburg*s V § 129, S. 361: Die Sicherung erlösche von selbst,[1]) sobald die Erbschaftsannahme feststehe, denn nur für die Zeit, bis dies der Fall sei, habe sie das Gesetz gestattet; die Beendigung könne nicht von einer Entscheidung des Nachlassgerichts abhängig sein, da sonst dem Erben die ihm gehörende Erbschaft durch einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorenthalten werden könne.

Gegen diese Auffassung sprechen die Ausführungen der Motive (V 553, 554: „Zur Beendigung der Nachlasspflegschaft ist die Aufhebung von Seiten des Nachlassgerichts erforderlich") sowie die Tatsache, dass die in § 2066 Entw. I vorgesehene, die Beendigung spez. der Nachlasspflegschaft an die Notwendigkeit nachlassgerichtlicher Aufhebung bindende Vorschrift durch die II. Kommission sachlich durchaus gebilligt wurde, hauptsächlich aber auch der Zweck des Instituts: Die Beantwortung der Frage, ob die Erbschaftsannahme als erfolgt oder als noch nicht feststehend zu erachten ist, ob hiewegen die Sicherung beendigt sei oder fortzudauern habe, würde der Würdigung der Behörde entzogen und der Willkür privater Beurteilung anheimgegeben. Der Sicherungszweck aber wäre damit vereitelt: Erbberufene und Dritte könnten eigenmächtig auf den gesiegelten Nachlass greifen, sich hiebei jederzeit hinter die Behauptung flüchten, dass sie die Erbschaftsannahme als feststehend angenommen haben, und dadurch der Strafe des § 136 Str. G. B. sich entziehen. Dritten, welche vor Aufhebung der Nachlasspflegschaft mit dem Nachlasspfleger Rechtsgeschäfte in Ansehung des Nachlasses abgeschlossen haben, könnte der Erbe jederzeit die Behauptung entgegenhalten, diese Rechtsgeschäfte seien nichtig, weil zur Zeit ihres Abschlusses die Annahme durch

[1]) Die Behauptungen Dernburgs beziehen sich ausdrücklich nur auf die Nachlasspflegschaft; zweifellos aber nimmt Dernburg für die anderen Massnahmen der Nachlasssicherung nach der Fassung seiner Ansicht das Gleiche an.

ihn bereits erfolgt war. Als Folge ergäbe sich für die Beteiligten ein Zustand der Rechtsunsicherheit, der sich von demjenigen, dessen Abhilfe die Behördenfürsorge bezweckt, nicht wesentlich unterscheiden würde. Die Dernburg'sche Ansicht findet in der gegenwärtigen Literatur denn auch nirgends eine Unterstützung.

Es ist vielmehr daran festzuhalten, dass die Entscheidung der Frage nach den Bedingungen der Behördenfürsorge, wie bezüglich der Anordnung so auch bezüglich der Beendigung derselben, der Sicherungsbehörde anheimsteht. Erst wenn nach pflichtgemässem Ermessen des Nachlassgerichts die Sicherungsvoraussetzungen entfallen sind, diese Überzeugung der Sicherungsbehörde durch beschlussmässige Entscheidung zum Ausdrucke gebracht und dieser Beschluss, soweit er eines Vollzuges bedarf (Entsiegelung, Zurückgabe aus Verwahrung und Hinterlegung), durchgeführt ist, hat die Sicherung als beendigt zu gelten (vgl. Entsch. d. L. G. Hamburg, Hans. Ger.-Ztg. 01, 224 [*Neumann*s Jhrb. f. deutsches Recht 03 S. 704 ff.], Entsch. d. O. L. G. Kiel Rspr. 8, 367).

Wann aber ist durch die Nachlassbehörde die Aufhebung anzuordnen?

§ 2066 des Entw. I bestimmte für die Aufhebung spez. der Nachlasspflegschaft: Dieselbe habe erst dann zu erfolgen, wenn der Erbe ermittelt und die Erbschaft von demselben angenommen sei.[1]) Diese von den Mot. V 553, 554 mangelhaft begründete Vorschrift wurde, wiewohl von der II. Kommission sachlich gebilligt (Prot. 7757), mit Recht in das B. G. B. nicht übernommen. Sie würde für den Nachlassrichter gegenüber der ihm in Bezug auf die Anordnung der Sicherung völlig anheimgestellten Bedürfniswürdigung eine erhebliche Beschränkung seines freien Ermessens in Ansehung der Sicherungsaufhebung bedeuten.

Aus dem Zwecke und den in § 1960 normierten Grundvoraussetzungen der Nachlassfürsorge folgt vielmehr die Not-

[1]) Beeinflusst durch diese Bestimmung des Entw. I. behaupten dies auch noch für das geltende Recht: Planck Bem. 3 b γ, Staudinger Bem. 4 c zu § 1960, Binder I. S. 203. — Vgl. bayer. Nachl. O. § 25, IV.

wendigkeit der Aufhebung unter den Voraussetzungen, dass entweder

a) die Erbschaftsannahme feststeht, oder

b) das Bedürfnis entfällt.[1])

Diese beiden Bedingungen sind, wie — in der Negative — bezüglich der Anordnung, so auch bezüglich der Aufhebung gleichwertig, von einander unabhängig und können, wie sie — in der Negative — nur in Verbindung miteinander den Anordnungsgrund bilden, einzeln für sich die Fortdauer der Siegelung nicht rechtfertigen. Zweifellos ist nach erfolgter und feststehender Erbschaftsannahme für gerichtliche Sicherungen kein Raum mehr. Andererseits ist es aber auch sehr wohl möglich, dass vor der Annahme das den Behördeneingriff veranlassende Bedürfnis vollständig entfällt (z B. der unbekannte Erbe wird ermittelt [Rspr. 7, 132], der bisher abwesende Erbe kehrt zurück und nimmt sich in ausreichender und zuverlässiger Weise des Nachlasses an, ohne doch schon die Annahme zu erklären oder zu betätigen). In diesem Falle ist die Nachlassbehörde bereits vor feststehender Erbschaftsannahme berechtigt und verpflichtet, von Amtswegen die Nachlasssicherung aufzuheben, wenn nach Ermessen der Wiedereintritt eines Bedürfnisses nicht zu erwarten steht.[2])

Schreitet die Nachlassbehörde trotz Wegfalles einer der Sicherungsvoraussetzungen nicht zur Aufhebung der angeordneten Massnahme, so steht dem Erben sowie jedem rechtlichen Drittinteressenten das Rechtsmittel der Beschwerde zu (§ 20 Abs. 1 G. f. G.).[3]) Bedeutungslos wird hiedurch der zur Begründung der Behauptung, die Nachlasssicherung erlösche von

---

[1]) Für den Entw I. konnte die Bedürfnisfrage bezüglich der Aufhebung nicht in Betracht kommen, da sie auch für die Anordnung nicht vorgesehen war.

[2]) Zutreffend Weissler S. 111, Boschan S 36, 37, Binder S. 184, bad. R. Pol O. § 122, 2 c und Verf. d. württ. Just. Min. v. 14. IX. 99 § 11: „Die Aufhebung hat zu erfolgen, wenn ein Bedürfnis für die fernere Sicherung nicht besteht, insbesondere wenn die Erbschaft angenommen ist".

[3]) Ist der Herausgabeanspruch des Erben gegen den Nachlasspfleger (§§ 1890, 1915) gepfändet und zur Einziehung überwiesen, so steht auch dem Vollstreckungsgläubiger gegen die Nachlasspflegschaft die Beschwerde zu. Vgl. Entsch. d. K. G. v. 22. VII. 05 Rspr. 12, 199.

selbst mit dem Wegfalle der Sicherungsvoraussetzungen, von *Dernburg* aufgestellte Satz: „Soferne die Beendigung der Sicherung von einem Aufhebungsbeschlusse abhängig sei, könne dem Erben die ihm gehörende Erbschaft durch einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit dauernd vorenthalten werden; er habe aber die Befugnis, dass hierüber nach Recht entschieden werde". Denn gegen Vorenthaltung der Sicherungsaufhebung kann der Erbe jederzeit die gerichtliche Entscheidung im Rechtsmittelzuge der freiwilligen Gerichtsbarkeit anrufen (§ 20—30 G. f. G.). — Andererseits ist auch gegen eine ungerechtfertigte Aufhebung der Nachlasssicherung der gegenwärtige Erbe sowie jeder rechtliche Drittinteressent beschwerdebefugt (§§ 20, 57 Zffr. 3, 75 G. f. G.)

§ 10.

Die fiskalische Seite der Nachlassfürsorge.

Es soll noch ein kurzer Blick auf einige bei der Nachlassfürsorge hervortretende fiskalische Momente geworfen werden.

Der Fiskus, d. h. der Staat als Vermögenssubjekt ist an der Nachlassbehandlung in doppelter Beziehung interessiert: Als letzter gesetzlicher und notwendiger Erbe aller Nachlässe, die einen anderen Erben nicht finden; ferner, wenn ein abgabepflichtiger Anfall in Frage steht, als Abgabenberechtigter; ausserdem erwächst dem Staate für jeden Behördeneingriff in Nachlassangelegenheiten ein Gebührenanspruch. Die unter den Voraussetzungen der §§ 1960 ff. durch amtliche Nachlassfürsorge zu schützenden und geschützen Interessen sind daher regelmässig auch fiskalische. Es fragt sich, inwieweit und in welcher Form diese fiskalischen Interessen bei der präventiven Rechtsfürsorge in Nachlassangelegenheiten in besondere Erscheinung treten.

A. Im Einklange mit dem bisherigen Rechte hat das B. G. B. dem Fiskus ein Recht auf erblose Verlassenschaften [1]) ge-

[1]) Eine „erblose" Verlassenschaft im wirklichen Sinne gibt es nach B. G. B. nicht. Jeder Nachlass hat seinen Erben. Letzter Erbe ist der Fiskus. Dieser aber gelangt erst dann zum Zuge, wenn ein Verwandter oder Ehegatte des Erblassers nicht ermittelt wird oder zur Erbschaft nicht ge-

währt und zwar nicht in der Form eines privilegierten Occupationsrechtes, sondern als wirkliches gesetzliches Erbrecht (§ 1936 B. G. B.). Ob diese Verleihung eines gesetzlichen Erbrechts an den Fiskus für diesen materiell eine Privilegierung bedeutet, mag zunächst dahingestellt sein. Jedenfalls nimmt formell-rechtlich der Fiskus als gesetzlicher Erbe eine bevorzugte Stellung nicht ein, vor allem nicht etwa in der Richtung, dass die Wahrscheinlichkeit eines erblosen Nachlasses für sich allein ein besonderer zwingender Grund amtlicher Nachlassfürsorge wäre.[1]) Im Gegensatze nämlich zu A. L. R. I 9 § 471 und anderen früheren Rechten, nach denen in diesem Falle stets die Anordnung einer Nachlasspflegschaft zu erfolgen hatte, sind nach B. G. B., soferne nicht ein besonderes Sicherungsbedürfnis hervortritt, bis zum Eintritte des Fiskus als Erben Massnahmen der Nachlasssicherung wie sonst weder geboten noch zulässig.[2]) Allerdings wird vor diesem Zeitpunkte die Notwendigkeit der Ermittelung der vor dem Fiskus zur Erbschaft Berufenen die Bestellung eines Nachlasspflegers zum Zwecke der Unterstützung des Gerichtes in der Erkundungstätigkeit zumeist rechtfertigen.

Andererseits aber schiebt sich vor dem Eintritte des Fiskus notwendig ein — weniger durch die Rücksicht auf diesen, als auf die etwaigen Vorberufenen und die Interessen der Gläubiger[3]) vorgeschriebenes — amtliches Ermittelungs- und Feststellungsverfahren ein: Es ist dies nach B. G. B. der einzige Ausnahmefall, in dem die Erbrechtsausübung, der endgiltige Eintritt des Erben in den Rechtskreis der Nachlassverhältnisse in aktiver und passiver Beziehung eine Mitwirkung der Nach-

---

langt (Ausschlagung, Erbunwürdigkeit). Die Stellung des Fiskus als Testamentserben bedarf, weil selbständige Gesichtspunkte nicht bietend, keiner Erörterung.

[1]) Das Recht der Allgemeinheit auf erblose Nachlässe („Heimfallsrecht") bildete den Ausgangspunkt der altdeutschen Nachlassfürsorge (vgl. § 1 der Darst.). — Voraussichtliche Erblosigkeit ist z. B. nach Code civ. art. 811, Code de proc. art. 998 (la succession est réputée vacante) besonderer Sicherungsgrund. Vgl. Roth S. 280 N. 10.

[2]) Vgl. Mot. V. 555, 556, Dernburg § 21 V. S. 54, Rspr. IX. 384.

[3]) Vgl. Küntzel bei Gruchot Bd. 41, S. 585.

lassbehörde notwendig macht (§ 1966). Zwar vollzieht sich auch für den Fiskus im Prinzipe der Erbschaftserwerb nach den allgemeinen erbrechtlichen Erwerbsgrundsätzen (ipso jure-Erwerb mit dem Erbfalle). Andererseits aber hat die amtliche Feststellung des fiskalischen Erbrechts nicht lediglich deklaratorische Bedeutung. Zwar kann der Fiskus, soferne die Feststellung seines Erbrechts unterbleibt, auf Grund des § 20 Abs. 1 G. f. G. Beschwerde erheben. Ist aber in diesem der freiwilligen Rechtspflege angehörigen Verfahren der Instanzenzug erschöpft, so ist dem Fiskus jede gerichtliche und aussergerichtliche Erbrechtsausübung verwehrt. Das gleiche gilt nach der passiven Seite hin (§ 1966) [1] — Gegenüber der nachlassgerichtlichen Feststellung des Erbrechtes aber steht m. E. auf Grund des positiven Rechtes dem Fiskus die Beschwerde nicht zu. Denn es ist zwar richtig, dass die Erbenstellung einen weitgehenden, möglicherweise sehr lästigen Pflichtenkreis ohne jeglichen Vorteil aufbürdet (§§ 2006, 2011, 1978, 1980, Rspr. VII 338), niemals aber kann in der amtlichen Anerkennung eines Privatrechts der zur Beschwerdebegründung erforderliche unmittelbare Rechtseingriff, eine verletzende Rechtsbeeinträchtigung im Sinne des § 20 G. f. G. erblickt werden. [2])

---

[1]) Vor der Feststellung ist es dem Fiskus versagt, die Erbschaft „an sich zu ziehen", „in Besitz zu nehmen" (Enneccerus-Lehmann II. 470). Das Erbrecht „wird erst wirksam mit der Feststellung" (Dernburg S. 58). — Eine einzige Ausnahme gilt auf Grund des § 1965 Abs. 2 für den Fall, dass es sich um die Geltendmachung eines im Feststellungsverfahren angemeldeten Erbrechts gegen den Fiskus handelt; für diesen Passivprozess wird vorherige Feststellung des fiskalischen Erbrechts nicht gefordert. Das in diesem Rechtsstreite ergangene Urteil ist, weil es Rechtskraft nur inter partes schafft, für das Nachlassgericht nicht schlechthin bindend (Mot. V. 556, Hörle im R. 04, 369 ff.). — Der Fiskus ist vor nachlassgerichtlicher Feststellung zur Erhebung der Feststellungsklage nicht legitimiert § 1966. (And. Mein. besonders Seuffert Bem. 2 d zu § 256 C. P. O.). — Den Nachlassgläubigern steht, solange dem Fiskus auf Grund des § 1966 die Passivlegitimation fehlt, das Rechtsmittel des § 1961 zu Gebote.

[2]) Vergl. Komm. Ber. z G f. G. S. 23, Birkenbihl S. 83. And. Mein. Dernburg S. 53, Centr.-Bl. f. freiw. Ger. 4, 544 f., Recht 04, 85, Entsch. in Ang. d. freiw. Ger. IV. 21, Rspr. 7, 338.

Bedenkt man nun einerseits, dass materiellrechtlich dem Fiskus gerade in einigen vorteilbringenden Fällen das ges. Erbrecht entzogen ist (§§ 2101 B. G. B., 8 Abs. 2 R. G. betr. das Urheberrecht, § 15 R. G. betr. die Werke der bild. Kunst)[1]), dass das fiskalische Erbrecht in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle nur dann in Wirksamkeit tritt, wenn ein Nachlass, weil überschuldet, einen andern Erben nicht findet, dass ferner dem Fiskus im Interesse der Nachlassgläubiger das Recht der Ausschlagung entzogen ist (§ 1942 Abs. 2), und erwägt man andererseits, dass formellrechtlich die Erbrechtsausübung des Fiskus wie die keines anderen Erben durch die Notwendigkeit vorheriger nachlassbehördlicher Mitwirkung beschränkt ist, dass dem Fiskus ein Antragsrecht auf Feststellung nicht zusteht,[2]) während gegen die Feststellung selbst, wie erwähnt, ein Beschwerderecht nicht gegeben ist, so vermag man dem von *Eck*[3]) dem B. G. B. gemachten Vorwurf: Dieses halte sich von fiskalischen Tendenzen nicht nur frei, sondern verfolge geradezu eine antifiskalische Wohlfahrtpolitik, nicht zu widersprechen.

B. Beachtung verdienen endlich die Fragen, inwieweit das Recht des Staates auf die ihm aus Anlass des Erbfalles anfallenden Abgaben die privatrechtliche Stellung des Erwerbers berührt, inwieferne das fiskalische Interesse an den Steuern und Gebühren einen Einfluss auf die Fürsorgetätigkeit der Nachlassbehörde ausübt, insbesondere ob die Aufhebung der, wie gezeigt, die rechtliche Stellung des Erben mehr oder weniger berührenden Fürsorgemassnahmen von der Entrichtung oder Sicherstellung der fiskalischen Forderungen — ebenso oder ähnlich wie z. B. bei der österr. Verlassenschaftsabhandlung — abhängig gemacht werden kann.

---

[1]) Auch auf erblose Ausländernachlässe erstreckt sich das fiskalische Erbrecht nicht. Hiezu bemerkt neuerdings Dernburg: „Merkwürdige Uneigennützigkeit der deutschen Gesetzgebung! Wohl besteht die Waffe des Vergeltungsrechtes, doch ist sie viel zu schwer, als dass sie bequem in Bewegung gesetzt werden kann".

[2]) Vgl. Hörle im Recht 04, 369 ff. — Im übrigen begründet die Feststellung selbst nur Vermutungswirkung und schliesst die spätere Geltendmachung des Erbrechts durch einen doch vorhandenen Erbberufenen nicht aus § 1964 Abs. 2.

[3]) Eck, Vortr. über das B. G. B. III. S. 24.

Die Erhebung der Erbschaftssteuer war von ihrer Entstehung an für den Fiskus mit erheblichen Schwierigkeiten verknüpft:[1]) Viele Erbfälle gelangten überhaupt nicht zur Kenntnis der Steuerbehörde, die Ermittelung der steuerpflichtigen Personen und Massen führte oft nur zu einem sehr unzuverlässigen Resultate, sodass der Erbschaftssteuerertrag zunächst ein wenig ergiebiger war. Daher hat der Staat die Steuerforderung vor allem materiellrechtlich durch Gewährung eines gesetzlichen Generalpfandrechtes an dem Nachlasse, durch gesamtschuldnerische Heranziehung aller Beteiligten zur Haftung, sowie durch Strafandrohung gesichert. Daneben aber wurde frühzeitig die Nachlassbehörde für fiskalische Zwecke in Anspruch genommen. Der Nachlassbeamte hatte vielfach nicht nur alle zu seiner Kenntnis gelangten Erbfälle dem Steueramte anzuzeigen, sondern musste bei jeder Nachlasstätigkeit die Ermittelung der steuerpflichtigen Personen und des Steuerobjektes ins Auge fassen und durchführen sowie die gesamten Nachlassverhandlungen der Steuerbehörde übermitteln. Er wurde sogar vereinzelt verpflichtet, bei Vornahme der Sicherungsmassnahmen sofort einige Wertstücke für die Zwecke der Erbschaftssteuer beiseite zu legen; schliesslich wurde ihm verboten, Nachlassobjekte, die aus Anlass einer Fürsorgetätigkeit in seine Hand gelangt waren, dem Erben vor Entrichtung der fiskalischen Forderungen auszuliefern. Vereinzelt wurde das Vorliegen von Umständen, welche eine Gefährdung fiskalischer Rechte befürchten liessen, zu einem besonderen Sicherungsgrunde erhoben.[2]) Es waren zweifellos — namentlich in Österreich — wenn auch nicht ausschliesslich, so doch zum grossen Teile fiskalische Motive, welche in einzelnen Rechtsgebieten zur Entwickelung des Nachlassverfahrens beitrugen.[3])

[1]) Die nachstehenden Erörterungen stützen sich grösstenteils auf die von Schanz, Finanz-Archiv 17 S. 1 ff., 18 S. 553 ff., dargestellte Geschichte der Erbschaftssteuer und die dort gegebene Zusammenstellung der bisherigen particulären Erbschaftssteuergesetze. Vgl. ausserdem Unger a. a. O., Chorinsky a. a. O.

[2]) So hatte nach Codex Max. Bav. III. 1 § 18, N. 9, Gen. Mand. v. 30. X. 67. bei Verdacht geschehener oder künftiger Unterschlagung der Gefälle amtliche Nachlasssicherung einzutreten.

[3]) Auf die fiskalische Seite der Nachlassfürsorge hat neben Unger vor allem Chorinsky a. a. O. hingewiesen.

Die technische Vervollkommnung der Erbschaftssteuergesetzgebung, wie sie namentlich in dem auch für die moderne Reichserbschaftssteuer vorbidlich gewordenen preuss. Erbsch. St. G. v. 30. V. 1873 erreicht wurde, hat das Bedürfnis nach einer Inanspruchnahme der Nachlassbehörde zu steuerlichen Zwecken in der Hauptsache beseitigt. Die Verwaltung wurde fast überall den zivilen Behörden abgenommen und den Fiskalbehörden allein überlassen.

Das Reichserbschaftssteuergesetz vom 3. Juni 1906 hat die Erbschaftssteuerforderung in mehrfacher Beziehung materiellrechtlich privilegiert: Nicht allerdings in der Richtung, dass dem Fiskus für seine Forderungen ein Pfandrecht an den Nachlassobjekten zustünde. Dagegen begründet die Steuerpflicht zunächst eine wirkliche Nachlassverbindlichkeit im Sinne des § 1967 Abs. 2[1]). Die rechtliche Natur der Steuerverpflichtung als Nachlassverbindlichkeit wurde schon für die Mehrzahl der bisherigen partikulären Erbschaftssteuergesetze angenommen und kann auf Grund der positiven Vorschrift des § 31 R. E. St. G.: „Für die Erbschaftssteuer haftet die ganze steuerpflichtige Masse“ nicht mehr bestritten werden. Die Steuerverpflichtung ist aber nicht eine reine Nachlassverbindlichkeit, denn es haften auf Grund des § 31 l. c. für deren Entrichtung die Bereicherten auch persönlich und Miterben als Gesamtschuldner. Neben den Bereicherten endlich haftet immer auch der Erbe solidarisch

[1]) Das Erbschaftssteuerrecht des Fiskus wurde gelegentlich im römischen Rechte — rein bildlich — als staatliches Miterbenrecht aufgefasst (Plinius, Panegyr. 38, 3). — Die Konstruktion der Steuerschuld als gesetzlicher Auflage hat Cosack in der 4. Aufl. seines Lehrb. fallen lassen (Vgl. Strohal I. S. 39, N. 9). Im übrigen äussern sich über die privatrechtliche Natur der particulären Erbschaftssteuer: Strohal II. S. 184, Dernburg, S. 561 f., Jaeger, Nachl.-Konk. und Erbenhaftung S. 64, Binder II. S. 33, N. 56 und die dort zitierten.

Da die Erbschaftssteuer Nachlassverbindlichkeit ist, stehen in Ansehung derselben dem Fiskus alle Rechte eines Nachlassgläubigers zu (z. B. auch der Antrag auf Bestellung eines Nachlasspflegers § 1961). Da Grundlage der Steuerbemessung der reine Nachlasswert ist, kann im Nachlasskonkurse eine Erbschaftssteuerforderung des Fiskus nur dann auftreten, wenn die Überschuldung erst nach dem Erbfalle eingetreten ist, dann allerdings mit dem Vorrechte des § 61 Ziffer 2 K. O.

bis zur Höhe des aus der Erbschaft Empfangenen. Gesetzliche Vertreter, Bevollmächtigte der Steuerpflichtigen, Testamentsvollstrecker und Nachlasspfleger sind für die Steuer persönlich haftbar, wenn sie vor deren Berichtigung oder Sicherstellung etwas aus der Erbschaft ausantworten. § 32. Die Steuerforderung ist damit schon materiellrechtlich durch ein triplex aes geschirmt. — In formeller Beziehung gilt, dass gegen einen Steuerpflichtigen, welcher den ihm obliegenden Verpflichtungen der Erwerbsanmeldung der Erbschaftssteuererklärung und der Steuerentrichtung nicht nachkommt, von Seiten des Erbschaftssteueramtes Ordnungsstrafen verhängt, auf öffentliche Strafe angetragen und im Wege des administrativen Zwangsvollzugs vorgegangen werden kann (§ 34—37 l. c.).

Die präventive Rechtsfürsorge der Nachlassbehörde aber tritt im Interesse der fiskalischen Forderungen lediglich nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 1960, 1961 ein. Beseitigt sind daher seit 1. August 1906 alle diejenigen bisherigen partikulären Vorschriften, nach denen zur Wahrung fiskalischer Forderungsrechte unter bestimmten Voraussetzungen die Nachlassbehörde zur Siegelung, Verzeichnung oder Verwahrung des Nachlasses verpflichtet war. Beseitigt sind jene Bestimmungen, nach denen die Nachlassbehörde dem Erbschaftssteueramte jeden Erbfall anzuzeigen, das Ergebnis der Ermittelung der Beteiligten sowie des Nachlasswertes mitzuteilen hatte.[1]) Ersteres obliegt lediglich den Standesämtern, die Eruierung der Steuergrundlagen dem Steueramte selbst (§§ 37, 38, 43 E. St. G.). Durch § 40 l. c. wurde die Nachlassbehörde lediglich zur Mitteilung eröffneter Verfügungen von Todeswegen sowie bekannt gewordener Zuwiderhandlungen gegen das Erbschaftssteuergesetz verpflichtet.

Dagegen ist die Stellung des Fiskus als Gläubiger der Erbschaftssteuer insoferne eine privilegierte, als ihm durch § 40 ein generelles Recht auf Gestattung der Einsicht in die Nachlassakten zuerkannt wurde, ein Recht, das den privaten

[1]) Vgl. z. B. bayer. Min. Bek. v. 27. XII. 99 (19. XII. 02) § 8. — Die Feststellung der Erbschaftssteuer war bis in die allerneueste Zeit z. B. in Sachsen-Weimar (A. G. G. f. G. § 2 Zffr. 3) Aufgabe der Nachlassbehörde.

Nachlassgläubigern schlechthin nicht zusteht. Denn auf Grund des § 34 G. f. G. besteht an sich ein Anspruch auf Einsichtsgestattung nicht. Die Bedeutung dieses fiskalischen Rechtes auf Akteneinsicht darf nicht unterschätzt werden: Wie bereits erwähnt, ist bei Ordnung der Erbrechtsverhältnisse nachlassbehördliches Eingreifen z. T. unmittelbar geboten, z. T. — soferne sich nur bereites Vermögen im Nachlasse befindet — kaum zu umgehen. In allen Fällen nachlassbehördlichen Eingreifens und somit auch bei der Nachlasssicherung kommt es zu amtlicher Ermittelung der Erbschaftserwerber sowie — schon aus Gründen der Gebührenerhebung — zu einer wenigstens summarischen Offenlegung des Nachlassbestandes. Mit dem Rechte auf Einsichtsgestattung ist somit der Steuerbehörde ein vorzüglicher Behelf zur Gewinnung der für Berechnung, Verteilung und Erhebung der Steuern erforderlichen Grundlagen in die Hand gegeben. Derselbe Rechtsbehelf begünstigt aber nicht nur die Erhebung der aus Anlass des Erbfalles selbst fällig werdenden öffentlichen Abgaben, sondern ermöglicht der fiskalischen Behörde zugleich die Entdeckung etwa vom Erblasser hinterzogener Steuern (namentlich der Kapitalrentensteuer) sowie deren Nacherhebung und beugt der Gefahr künftiger Steuerhinterziehungen vor.[1])

Im übrigen aber mutet weder das Reichserbschaftssteuergesetz noch die hiezu ergangenen Ausführungsbestimmungen des Bundesrats vom 16. VI. 1906 der Nachlassbehörde eine spezielle Tätigkeit im fiskalischen Interesse zu, vor allem nicht

---

[1]) Es ist überaus charakteristisch, dass gelegentlich der Beratung des bayer. Nachlassgesetzes vom 9. VIII. 02 (vgl. Verhdlg. der Kammer der Abg. v. 10. V. 02) von der linken Seite des Hauses der Antrag gestellt wurde, für die durch dieses Gesetz eingeführte obligatorische Erbenermittelung (§ 192 G. f. G.) eine wenn auch sehr mässige, nach der Erwerbsmasse sich bestimmende Gebühr zu erheben, und zwar mit folgender Begründung: die hienach infolge der Gebührenpflicht erforderliche Manifestation des Nachlasses gewähre in allen Fällen einen Einblick in die Vermögensverhältnisse des Verstorbenen; auf diesem Wege könne den Steuerhinterziehungen wirksam entgegengetreten werden; hierin liege zugleich ein Mittel der Erziehung zu richtigem Fatieren und es sei dadurch fortan unmöglich, dass sich das mobile Kapital auf die Dauer der Steuerentrichtung entziehe. — Der Antrag kam allerdings nicht zur Annahme.

in der Richtung, dass die Ausantwortung der aus Anlass einer Behördentätigkeit in die Hände des Nachlassgerichts gelangten Nachlassobjekte, die Aufhebung einer Massnahme der Nachlassfürsorge (Siegelung, Hinterlegung, Nachlasspflegschaft) von der Bezahlung oder Sicherstellung der Erbschaftssteuer abhängig gemacht werden müsste.

Es hat sich nun aber bis in die neueste Zeit vereinzelt die partikuläre Übung erhalten, dass der Nachlassbeamte selbst dort, wo eine solche Ermächtigung oder Verpflichtung durch landesgesetzliche Vorschriften nicht ausgesprochen ist, bis zur Entrichtung oder Sicherstellung der fiskalischen Forderungen den Beteiligten gegenüber die Vornahme amtlicher Handlungen verweigert. So erfolgt z. B. nach bayer. Gerichtspraxis die Aufhebung von Massnahmen der Nachlassfürsorge nur nach Entrichtung oder Sicherstellung der Steuern und Gebühren, die Ausantwortung verwahrter oder hinterlegter Nachlasswerte unter sofortigem Abzuge dieser ärarialischen Forderungen. Zweifellos ist diese Übung ein Überrest früherer Rechtszustände, wonach dem Nachlassbeamten unter eigener Haftung die Verpflichtung zur Sorge für die aus Anlass des Erbfalles dem Staate anfallenden Abgaben auferlegt war. Es fragt sich, ob diese Übung, soferne sie nicht durch eine auf Grund der landesgesetzlichen öffentlich-rechtlichen Autonomie erlassene positive Bestimmung begründet ist, aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen sich rechtfertigen lässt und darum als zulässig erachtet werden darf.

Eine Verpflichtung des Nachlassbeamten zur Sorge für die sichere Einbringung der Erbschaftssteuer ist, wie erwähnt, nach dem Reichserbschaftssteuergesetze nicht statuiert. Sie lässt sich insbesondere nicht aus § 32 l. c. ableiten, wonach gesetzliche Vertreter, Testamentsvollstrecker und Nachlasspfleger persönlich für die Steuer haften, wenn sie vor deren Entrichtung Nachlassgegenstände ausantworteten. Denn der Nachlassbeamte ist weder gesetzlicher Vertreter des Erben, noch auch Testamentsvollstrecker oder Nachlasspfleger im juristisch-technischen Sinne. Lediglich bildlich könnte man ihn wegen der ihm in Ansehung der Testaments- und Sicherungsfürsorge zukommenden öffentlich-rechtlichen Stellung als supremus executor testamenti bezw. als Nachlasspfleger in einem der privatamtlichen Testa-

mentsvollstreckung bezw. Nachlasspflegschaft analogen Sinne bezeichnen. Dass das Reichserbschaftssteuergesetz in § 32 eine solche Ausdehnung der Steuerfürsorgepflicht auf die zur Wahrung fiskalischer Interessen grundsätzlich nicht berufenen zivilen Nachlassbehörden hätte aussprechen wollen, lässt sich im Ernste kaum behaupten.

Es liegt vielleicht näher, jene Übung durch die Konstruktion eines öffentlich-rechtlichen Zurückbehaltungsrechtes etwa nach Analogie des § 273 B. G. B. zu rechtfertigen. Zweifellos begründet die Übernahme der Fürsorge durch den Staat, vertreten durch den Nachlassbeamten, zwischen diesem und dem Definitiverben ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis, welches unter dem Gesichtspunkte eines auf Geschäftsbesorgung gerichteten Dienstverhältnisses betrachtet werden kann: Die Behörde ist dem Erben gegenüber zu ordnungsmässiger Ausübung der Fürsorgetätigkeit, zur Herausgabe des Nachlasses bei Wegfall der Sicherungsvoraussetzungen, ev. zum Schadensersatze verpflichtet (§ 839). Für den Definitiverben ergibt sich aus demselben rechtlichen Verhältnisse die Verpflichtung, an den Staat die landesgesetzlich als Entgelt der Behördentätigkeit normierte Vergütung sowie die für den Nachlass aufgewendeten Auslagen zu entrichten. Darum ist m. E., so bedenklich es im Allgemeinen ist, zivile Rechtsgrundsätze auf öffentliche Rechtsverhältnisse anzuwenden, nicht daran zu zweifeln, dass die Nachlassbehörde zur Verweigerung der Aufhebung einer Fürsorgemassnahme sowie der Herausgabe eines verwahrten oder hinterlegten Nachlassgegenstandes bis zur Bewirkung oder Sicherstellung der staatlichen Gebühren- und Auslagenforderung befugt ist. Denn in Ausübung dieser fiskalischen Forderungsrechte wird der Staat, da sich (in allen deutschen Bundesstaaten im Gegensatze z. B. zu Frankreich) Gebührenansatz und Gebühreneinzug mit der Amtshandlung verbindet,[1]) durch die zivile Nachlassbehörde vertreten.

Dagegen kann bezüglich der Erbschaftssteuer das Gleiche nicht gelten. Zwar beruht auch die Steuerpflicht des Erben auf einem durch den Erwerb von Todeswegen begründeten öffent-

[1]) Den Finanzbehörden steht lediglich ein Kontrollrecht zu.

lich-rechtlichen Rechtsverhältnisse. Dieses aber ist im Gegensatze zu dem durch die Kostenpflicht begründeten ein durchaus einseitiges und es kann bei der Höhe der modernen Erbschaftssteuer und mit Rücksicht darauf, dass diese Abgabe unabhängig von einer speziellen Gegenleistung auferlegt ist, von einer Auffassung dieser gelegentlich wohl auch Erbschafts„gebühr" genannten Steuer als Entgelt für die von der Behörde geleistete Tätigkeit nicht die Rede sein.[1]) Zudem ist die zivile Nachlassbehörde, abgesehen von den bei ihr selbst anfallenden ärarialischen Forderungen, zur Vertretung und Ausübung ärarialischer Rechte nicht berufen und befugt.

Die vorstehende Erörterung ergibt m. E. folgendes Resultat: Die Nachlassbehörde ist bis zur Entrichtung oder Sicherstellung der aus Anlass der betr. Amtshandlung bei ihr fällig gewordenen Gebühren und Auslagen zur Verweigerung weiterer Amtshandlungen, insbesondere also zur Verweigerung der Aufhebung einer Fürsorgemassnahme immer berechtigt. Im übrigen aber besteht ein solches Verweigerungsrecht wegen anderer öffentlicher Abgaben nur dann, wenn dessen Ausübung dem Nachlassrichter auf Grund einer positiven landesgesetzlichen Norm geboten oder gestattet ist. Dagegen kann in Ansehung der modernen Erbschaftssteuer, da das Reichserbschaftssteuergesetz in Verbindung mit den Ausführungsbestimmungen des Bundesrats die Materie erschöpfend geregelt hat, ein solches Verweigerungsrecht durch eine Nachlassbehörde nicht mehr ausgeübt werden.

C. Die in einzelnen Rechtsgebieten ehedem sehr kräftige Bemessung der für die staatliche Fürsorgetätigkeit in Nachlasssachen angesetzten Gebühren führte — abgesehen von dem Interesse der Obrigkeit an den erblosen Nachlässen sowie an den aus dem Nachlasse zu entrichtenden Abgaben — bei der Zersplitterung der Gerichtsobrigkeiten und bei der über die Kompetenzabgrenzung bestehenden Unsicherheit zur Ausbildung einer nicht durch das Interesse an der Wahrung privater Rechte sich bestimmenden, sondern lediglich zu fiskalischen

[1]) Anders Rau: Grdr. d. Fin. Wissensch. (1832): „Die Erbschaftssteuer ist eine Gebühr aus der Rechtspflege".

Zwecken einsetzenden symbolischen Nachlasssicherung, der „Siegelung zum Zeichen der eingeschrittenen Gerichtsgewalt".[1]) Durch diesen Eingriff sollte zunächst lediglich das Recht der einschreitenden Obrigkeit auf die Abgaben aus der Erbschaft, das Recht auf Vornahme der einträglichen Geschäfte der Nachlassfürsorge zum Ausdrucke gelangen.[2]) Weitläufige Zuständigkeitskonflikte unter den zahlreichen Gerichtsobrigkeiten waren die Folge. In Deutschland hat sich inzwischen die Beseitigung der Abgabenprivilegien, der Übergang der gesamten freiwilligen Gerichtsbarkeit auf den Staat vollzogen. Für das Recht auf erblose Nachlässe, für die Erbschaftssteuerberechtigung entscheidet die Staatsangehörigkeit des Erblassers. Die Nachlassgebühren fliessen in die Kasse desjenigen Bundesstaates, dessen Behörde die gebührenpflichtige Tätigkeit vorgenommen hat. Die für die staatliche Nachlassfürsorge angesetzten Gebühren sind mit Rücksicht darauf, dass der Behördentätigkeit in Nachlasssachen, besonders aber der Nachlasssicherung zum grossen Teile auch ein öffentliches Interesse zu Grunde liegt, im Gegensatze zu den sonst für freiwillige Rechtspflegeakte bestehenden hohen Gebührensätzen durchgehends sehr niedrig gehalten.[3]) Daher besteht

---

[1]) Es wird hier vor allem an österr. Verhältnisse angeknüpft. Vergl. Unger und Chorinsky a a. O.

[2]) Jurisdiktionssperre (im Gegensatze zur Notsperre). Hervorgegangen aus der eifersüchtigen Besorgnis, „ein anderes Gericht möchte die Sperre antun", es möchte ein anderer behaupten, „der Todesfall gehöre zu ihm", erfolgte diese sog. Jurisdiktionssperre zu dem Zwecke, „die Jurisdiktion zu fundieren und manutenieren." Vergl. Ratsschluss der österr. Reg. v. 11. XII 1649.

[3]) Die Anordnungsgebühr für Massnahmen der Nachlasssicherung beträgt z. B. in Bayern unter Zugrundelegung des reinen Nachlasswertes ein Zehntel der Sätze des § 8 R. Ger. K. Ges. bis zum Meistbetrage von 100 Mark (art. 101, 102 bayer. Geb. Ges. Vgl. § 83, 57, 84 des preuss. Ger. Kost. Ges.) — Baden erhebt in richtiger Würdigung des der Nachlasssicherung zu Grunde liegenden allgemeinen Interesses eine Anordnungsgebühr (die Nachlasspflegschaft ausgenommen) überhaupt nicht (§ 36 bad. G. betr. Ger.- und Not.-Kosten). — Auch die Gebührenschuld bildet als Erbfallschuld, und zwar auch im Falle des § 1961 eine Nachlassverbindlichkeit im Sinne des § 1967 Abs. 2 und ist im Nachlasskonkurse Masseschuld. § 224 Ziffer 4 K. O. (vgl. auch art. 115 bayer. Geb. Ges., § 44 bad. Kost. Ges., § 29 R. E.

gegenwärtig, abgesehen davon, dass das B. G. B. für amtliches Einschreiten zum Zwecke der Nachlassfürsorge zwingende und enge Bedingungen gesetzt hat, eine Gefahr übereifrigen Eingreifens in den Nachlass, eine Gefahr für die Entstehung zahlreicher Zuständigkeitskonflikte aus fiskalischen Gründen nicht mehr, so interessant sich bei der für die Zwecke der Nachlassfürsorge gegebenen erweiterten Zuständigkeitsordnung [1]) ein Behördenwettlauf um die Sicherungsfürsorge gestalten würde.

St. G.) — Ob daneben die Erben bezw. im Falle des § 1961 auch der Antragsteller für die Gebührenschuld als persönliche Schuldner haften, bestimmt sich nach Landesrecht.

[1]) Man vergleiche: 1. Auf Grund des § 73 G. f. G. event. mehrfache Zuständigkeit der ordentlichen Nachlass- oder der besonderen Sicherungsbehörde infolge mehrfachen Wohnsitzes des Erblassers; 2. Auf Grund des § 74 Zuständigkeit jeder Sicherungsbehörde und jedes deutschen Amtsgerichts des Fürsorgebedürfnisses; 3. Speziell für ausländische Erblasser Zuständigkeit jeder Nachlassbehörde, in deren Bezirke sich Nachlassgegenstände befinden (§ 73 Abs. 3 G. f. G.); 4. Auch Handlungen der örtlich unzuständigen Behörde sind wirksam (§ 7 G. f. G.). — Im Streitfalle gebührt sodann der Vorzug der zuerst tätig gewordenen Behörde. § 4 G. f. G.